

ا ـمهورية ا ـزائرية الـد قراطية الـشعبية

وزارة التعليم العا و البحث العلمي

جامعة ا زائر

كلية ا قوق والعلوم الإدارية - بن عكنون -

ث لنيل شهادة ا اجست القانون ا اص

صص : عقود و مسؤولية

ا سؤولية ا دنية للطبيب ال زراعة الأعضاء البشرية

إعداد الطالبة :

مشكور خليدة

إشراف الأستاذة :

د . بن شعبان حنيفة

أعضاء اللجنة :

١ - الدكتور (ة) .... رئيسا

٢ - الدكتورة بن شعبان حنيفة مقررا

٣ - الدكتور (ة) .... عضوا

السنة ا امعية : ٢٠٠٠-٢٠٠١

بسم الله الرحمن الرحيم

" من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ، و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ... "

صدق الله العظيم

سورة المائدة الآية ٣٢

* إهـــــداء *

إلى من أنار لي مشوار حياتي ، إلى من كان لي دعما في دراستي ، إلى الغالي أبي ،

إلى من غمرتني بحبها و عطفها و حنانها ، إلى التي سهرت الليالي لأجلي ، إلى رمز الحنان و المحبة ، إلى الغالية أمي ،

إلى من لا أستطيع الاستغناء عنهن ، إليكن أخواتي إيمان ، صبرينة ، لمياء ،

إلى كل من عرفته من خلال مشوار دراستي أو مهنتي ، إليكم أصدقائي ،

إلى كل من عرفته من قريب أو من بعيد و تعذر عليا ذكره ،

إلى كل هؤلاء لكم مني ثمرة جهدي و عصارة مخي .

* شكـــر و تقديـــــر *

أتقدم بالشكـــر الجزيـــل إلى كـــل مـــن ساعدنـــي على
إنجـاز هذا البحـث ،
و أخص بالذكر الأستاذة ا ـشرفة الـ تبخـل عليـا بتوجيها ـا
و نصائحهـا الـ كـانت دعمـا لـي إ ـ ـاز هـذا البحـث.

قائمة المختصرات :

باللغة العربية :

ج	:	جزء
م	:	مجلد
ص	:	صفحة
ق.م	:	القانون المدني
ق.ع	:	قانون العقوبات
ق.ص.ت	:	قانون حماية الصحة و ترقيتها
ق.ح.م	:	قانون الحالة المدنية

باللغة الفرنسية :

ART	:	article
C.A	:	cour d’appel
CASS	:	cour de cassation
CH	:	chambre
CIV	:	civil
CRIM	:	criminel
D	:	Dalloz
D.P	:	Dalloz périodique
FASC	:	fascicule
G.P	:	Gazette du palais
J.C.C	:	juris classeur civil
J.C.P	:	juris classeur périodique
Op.cit	:	ouvrage précité
P	:	page
T.G.I	:	tribunal de grande instance

TRIB : tribunal

المقدمـــة

لقد عرف هذا القرن بإنجازات علمية عظيمة في مختلف الميادين لا مثيل لها فـي تاريخ البشرية و أعظم هذه الإنجازات تلك التي تؤدي إلى إنقاذ آلاف المرضى من الموت أو تخليصهم من آلامهم .

فبظهور الوسائل الطبية الفنية الحديثة تجاوز الطب حدود الأعمال الطبية التقليدية ، ليدخل في معالجة الأمراض المستعصية التي كان علاجها أمرا مـستحيلا ، لكـن هـذه الوسائل الحديثة لا تمثل فقط اكتشافا عظيما لامكانية علاجية لا يمكن حصر آثارها فـي إنقاذ العديد من المرضى الذين لم تجدي معهم وسائل العلاج التقليدية ، بل أن تلك الوسائل تفتح مجالا جديدا أمام البحث القانوني و الاجتماعي ، إذ تعتبر نموذجـا فريـدا لمـشاكل المسؤولية الطبية التي تثيرها التطبيقات الجديدة و المستقبلية للبيولوجيا .

ومن أهم الإنجازات الطبية الحديثة : التلقيح الاصطناعي ، الإنعاش الاصطناعي، عمليات تحويل الجنس ، الاستنساخ ،التعقيم كأسلوب علاجـي و عمليـات نقـل و زرع الأعضاء البشرية ، فهذه الأخيرة تعد من أهم و أعظم الانتصارات الطبيـة فـي الوقـت الحاضر ، فهي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ العديد من المرضى المحكـوم علـيهم بـالموت ، و يقصد بها : " نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام أعضاء منها مريـضة أو تالفة ، لتقوم مقامها في أداء وظائفها "(1) ، و قد توسع مجال مثل هذه العمليات ليـشمل بالإضافة إلى زرع الكلى و قرنية العين ، زرع القلب و البنكريـاس و الكبـد و بعـض الجينات ، فأصبحت هذه العمليات آخر صيحة في الفقه القانوني ، إذ تثير أمـام رجـال القانون و الباحثين تساؤلات عديدة حول مدى مشروعيتها و عـن المـسؤولية الجنائيـة و المدنية التي قد تنتج عنها .

لدى يجب على رجال القانون السعي للتوصل إلى أجوبة عـن هـذه التـساؤلات و ذلك بالتعاون مع رجال الطب ، و هذا حتى لا تخرج هذه العمليات عن الهدف النبيـل الذي وجدت من أجله ، ألا و هو حماية حق الإنسان في الحياة و في التكامـل الجـسدي و تشجيع الأطباء على الابتكار و التقدم العلمي للمزيد من الإنجازات الحديثة بغرض إنقاذ المرضى و تخليصهم من آلامهم .

١- محمد فارح ، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعضاء أو ترقيعها - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى السنة الثانية – العدد الثاني – الجزائر جانفي ١٩٩٩ – ص ١٠٦.

*** وتتمثل أهمية البحث في مجال نقل و زراعة الأعضاء البشرية في عدة مظاهر منها :**

١/ نظرا إلى أن هذه العمليات حديثة الظهور فانه يجب دراستها حتى يتعرف الأطباء على مدى مشروعيتها و ذلك من الناحية القانونية و الشرعية .

٢/ كما تظهر أهمية البحث في هذا المجال في تبيان و توضيح الشروط الواجب توافرهـا للقيام بهذه العملية ، فقد أدى التقدم العلمي إلى التوسيع من سلطة الطبيب ، و بازدياد هذه السلطة ازدادت الحاجة إلى الحماية القانونية للمريض ضد بعض احتمالات إساءة استعمال هذه السلطة من قبل بعض الأطباء ، لدى يجب إقامة شروط تقيد من مجال اللجـوء إلـى عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية ، وبخروج الطبيب عـن هـذه الـشروط تقـوم مسئوليته المدنية عن الأضرار التي تسبب فيها ،و مسئوليته الجنائية في مواجهة المجتمع.

٣/ كما تبرز أيضا أهمية هذا البحث في تبيان الحدود التي يستطيع من خلالها المتنازل أن يتصرف في حقه في سلامة جسمه و ذلك بالتنازل عن عضو مـن أعـضائه لمـصلحة مريض بحاجة إليه ، و توضيح كذلك الضمانات و المزايا الاجتماعية التي يجـب علـى القانون أن يمنحها للمتنازل ، هذا في حالة نقل العضو من إنسان على قيد الحياة .

أما في حالة نقل العضو من جثة متوفى فان أهمية الدراسة تكمـن فـي توضـيح الوقت الذي يمكن فيه اعتبار الشخص متوفى و بالتالي يمكن نقل العضو منـه ، إذ نقـل العضو من شـخص لـم تثبـت وفاتـه يرتـب مـسؤولية الطبيـب لا المدنيـة فقـط بل الجنائية أيضا .

٤/ و أخيرا تظهر أهمية البحث كذلك في دراسة التشريعات الأجنبية التي تعرضت إلـى عملية نقل و زرع الأعضاء ، و المقارنة بينها للوصول إلى قـانون يحمـي و يراعـي مصالح جميع الأطراف (المريض ، المتنازل ، الطبيب) في عملية نقل الأعضاء وذلـك مع الأخذ بعين الاعتبار أحكام الشريعة الإسلامية .

*** أما عن مشكلة البحث :**

تثير مسالة مشروعية عمليات استئصال الأعضاء و زرعها عدة إشكاليات ، حيث توجد عدة علاقات منها ما هو متعلق بالنقل و الزرع بين الأحياء ، و منها ما هو متعلق بالنقل من جثث الموتى .

و بالتالي لدراسة موضوعنا يجب تقسيمه إلى فصلين :

<u>الفصل الأول :</u> يتمثل في عمليات نقل و زرع الأعضاء بين الأحياء

فان كان الزرع الذاتي للأعضاء مسلم بمـشروعيته سـواء كـان فـي القـانون أو الشريعة الإسلامية ، فان نقل عضو من شخص لا يزال على قيد الحياة ما زال محـل نقاش ، إذ أن ذلك مفاده اعتبار جسم الإنـسان محـلا للتعامـل القـانوني ، فمـا مـدى مشروعية ذلك ؟

و إذا اعترفنا بشرعية اعتبار جسم الإنسان محلا للتعامل القانوني بمعنـى محـلا لاقتطاع الأعضاء ، هل يكون ذلك الاقتطاع مشروعا مهما كان هدفه أم يجـب أن يكـون هناك سببا أخلاقيا له ؟

كما أنه تطرح هنا إشكالية أخرى تتمثل فيما إذا كان من الضروري منع عمليـات اقتطاع الأعضاء بصفة مطلقة ، مما يؤدي إلى وفاة آلاف المرضى ، أو يسمح بـإجراء مثل هذه العمليات ، مما قد يؤدي إلى خروج بعض الأطباء ذوي الضمائر النائمـة عـن الهدف الحقيقي من السماح بإجراء مثل هذه العمليات ، و المتمثل فـي إنقـاذ المرضـى و تخليصهم من آلامهم ، لدى فان الأمر الأوسط هو الوصول إلى شروط نقيد بها اللجوء لمثل هذه العمليات ، فخروج الطبيب عن هذه الشروط يؤدي إلى قيام مسئوليته ، فما هي هذه الشروط التي يجب على الطبيب الالتزام بها حتى لا تقوم مسئوليته ؟

كما يجب الأخذ بعين الاعتبار الموقف النبيل للمتنازل الذي تنازل عن عضو مـن جسمه لإنقاذ شخص آخر على وشك الموت ، فان كان تصرف هذا المتنازل ليس له مقابل نقدي ، فهذا لا يمنع من أن يقدم له مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حيـاة إنـسانية ، و يكون ذلك المقابل عن طريق منحه بعض الضمانات و المزايا الاجتماعية ، فما هي هذه الضمانات و المزايا الاجتماعية ، و ما مدى تأثيرها على مبدأ عدم جواز التصرف بمقابل نقدي في أجزاء جسم الإنسان ؟

<u>الفصل الثاني :</u> يتمثل في عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية من جثث الموتى

فاستئصال الأعضاء من جثث الموتى يثير مشكلة تحديد اللحظة الحقيقة للوفاة حتى يتمكن بعدها الأطباء من انتزاع الأعضاء ، فمتى يمكن القول أننا بصدد وفاة ؟

و ما هي المعـايير الواجـب اسـتعمالها لتحديـد اللحظـة التـي يعتبـر فيهـا الشخص قد مات ؟

ما مدى جواز استخدام أجهزة الإنعاش الاصطناعي من وجهة النظر القانونيـة ؟ و ما هو موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش الاصطناعي الذي طرح مشكلة الإنـسان الحي الميت ؟

و أخيرا هل تتمتع جثة المتوفى بذات الحرمة التي يتمتع بها الجسد حين كانت تدب فيه الحياة ؟

من كل ما تقدم تظهر لنا أنه من الحيوي الاهتمام بهذا البحـث و التعـرض لـه بإسهاب قدر المستطاع لأنه يجيب عن انشغالات قانونية ، اجتماعية و شـرعية حديثـة ، جديرة بالبحث و الدراسة .

تقسيـم البحـث

من كل ما سبق ارتأينا تقسيم موضوع البحث إلى فصلين :

تناول الفصل الأول نقل و زراعة الأعضاء البشرية بين الأحياء ، الذي قسـم إلى مبحثين :

تناول المبحث الأول شرعية اقتطاع الأعضاء ، و الذي قسم بدوره إلى مطلبين :

تطرق أولهما لشرعية محل الاقتطاع ،
و تطرق الثاني إلى أخلاقية سبب اقتطاع الأعضاء .

و تناول المبحث الثاني الرضاء ، الذي قسم بدوره إلى مطلبين :

تطرق أولهما إلى دراسة رضاء المتبرع ،
و تطرق الثاني لدراسة رضاء متلقي العضو .

و خصص الفصل الثاني لتناول نقل و زراعة الأعضاء البشرية من جثث الموتى ، الذي قسم إلى مبحثين :

تناول المبحث الأول دراسة الموت ، الذي قسم بدوره إلى مطلبين :

تطرق أولهما إلى دراسة تعريف الموت ،
و تطرق الثاني إلى دراسة التحقق من الموت .

أما المبحث الثاني فقـد تنـاول كيفيـة التـصرف فـي جثـة المـوتى ، الـذي قـسم أيضا إلى مطلبين :

تطرق أولهما إلى أساس إباحة الاستئصال من الجثة و شروط هذا الاستئصال ،
و تطرق الثاني إلى الموافقة على الاستئصال من جثة الموتى .

الفصل الأول :

نقل وزراعة الأعضاء بين الأحياء

في الواقع ، إن اقتطاع الأعضاء من شخص حي هو أمر استثنائي ، لأنه يعرض المتبرع لخطر و ضرر كبيرين ، فمشروعية هذا النقل تنحسر في التنازل عن الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان ، بحيث يقوم العضو المتبقي مقام العضو المستأصل بنفس الأداء ككليتي الإنسان و رئتيه ، و منه لا يجوز للشخص أن يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه يؤدي وظائف هامة تؤثر على حياته و تهددها بالموت ، كالتصرف في عضو ليس له بديل في الجسم كالقلب مثلا .

و بالتالي إذا ما قام الطبيب الجراح باستئصال عضو حيوي من جسم المتنازل لزرعه في جسم المتلقي يسأل هذا الطبيب مدنيا و جنائيا ، و لا يعتد برضاء المتنازل في هذه الحالة ، لأن مثل هذا التنازل يعتبر تنازلا عن الحياة ذاتها ، و الحق في الحياة ليس حقا خالصا للفرد و إنما هو في ذات الوقت حق للمجتمع[١].

و اقتطاع الأعضاء بين الأحياء يثير مشكلتين تتمثلان في شرعية محل هذا الاقتطاع و أخلاقية سببه ، وكذا موافقة كل من المتبرع بالعضو و المستفيد منه ، لدى فإننا سنتطرق في المبحث الأول إلى شرعية اقتطاع الأعضاء و في مبحث ثاني إلى موافقة كل من المتبرع بالعضو و المستفيد منه .

---

١ - د. أحمد شوقي أبو خطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ ، صفحة ١٧ .

المبحث الأول :
شرعيـة اقتطـاع الأعضـاء

استنادا لقانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري الذي نظم في بعـض نـصوصه اقتطاع الأعضاء ، يمكن للشخص إعطاء موافقته على اقتطاع أحد أعضائه أثناء وجوده على قيد الحياة لمصلحة الغير .

و هكذا يجب الحكم على شرعية الاتفاقيات التي يكون محلها جسم الإنسان اسـتنادا لمقتضيات النظام العام و الأخلاق الحميدة ، وإذا كان يهتم النظام العام بكـل مـا يمـس الإنسان فيجب علينا تحديد لماذا يشكل هذا المفهوم عقبة أمام إبرام الاتفاقيـات المتـصلة بجسم الإنسان و خاصة اقتطاع الأعضاء ، أما فيما يخص الأخلاق الحميدة فيعتبر الاتفاق الذي يخالفها غير أخلاقي .

إذن يجب أن يحقق اقتطاع الأعضاء الشرطين الرئيسيين التاليين :

- ألا يصدم اقتطاع الأعضاء النظام العام أو الأخلاق الحميدة (المطلب الأول)
- أن يكون سبب الاقتطاع أخلاقيا (المطلب الثاني)

و سنخصص المطلبين التاليين لدراسة هاتين النقطتين .

المطلب الأول :
شرعيـة محل اقتطـاع الأعضـاء

يطرح السؤال قبل كل شيء لمعرفة ما هو النظام العام ؟

بالتأكيد هو مفهوم يصعب تحديده و قد فتح المجال أمام كثير من النقاش فبالنـسبة للأستاذ السنهوري(١) النظام العام هو " القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيـق مـصلحة عامة ، سياسية ، أو اجتماعية ، أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلـو علـى

١- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الأول – المجلد الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – الطبعة الثالثة الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت ١٩٩٨ – ص ٤٣٤ .

مصلحة الأفراد " ، أما بالنسبة لـ A . WEILL (١) : " يفترض النظام العام وجـود نزاع بين مصدريين من القواعد القانونية داخل الدولة ، المصدر الرئيسي و هـو الـذي نشتق منه القواعد التي تنظم المصلحة العامة لمجموع الوطن ، و المصدر الثانوي و هـو الذي يتحدث باسم المصالح المختلفة قانونا ، و إذا اقتصرنا على القانون المـدني يظهـر النزاع بين القواعد القانونية الوطنية و القواعد الموضوعة بين الأفراد ضمن اتفاق مـا ، و التي هي بمثابة قانون في العلاقة التي تربط بينهم " .

يسجل مفهوم النظام العام إذن تفوق بعض القواعد القانونية التي تحمي المـصالح العليا أو النظام العام ضمن الدولة على القواعد الاتفاقية المستلهمة من مـصالح الأفـراد، فهذا المفهوم يترجم إذن ضرورة وجود عدد من الأنظمة في المجتمـع ، و هكـذا فمبـدأ التكامل الجسدي للشخص هو مبدأ من النظام العام ، و ينتج عن ذلك اعتبار الاتفاق الذي يحمل اعتداء على جسم أحد الأشخاص ضد النظام العام مبدئيا ، بالتالي فهو باطل ، و لو كان ذلك بجرحه خطأ في إطار ممارسة الطبيب لعمله(٢) .

لكن هذا المبدأ ليس مطلقا ، ففي كل مرة لا يتضمن فيها التصرف بجسم الإنسان اعتداءا على المصلحة العامة يجب أن يعتبر مشروعا ، و يكون هذا الاتفاق منسجما مـع النظام العام و الأخلاق الحميدة عندما يتبع هدفا مشروعا(٣) ، فالممنوع هو الاتفاقيات التي تذهب ضد المصلحة العامة للمجتمع .

كما تنخرط الأخلاق الحميدة ، كالنظام العام ، في مجال اقتطاع الأعضاء فيجب ألا يتعارض الاقتطاع معها ، و يمكن تعريف الأخلاق الحميدة تقليـديا بأنهـا : << قواعـد الأخلاق الاجتماعية التي تعتبر جوهرية من أجل النظام في المجتمع >>(٤) .

فتهدف الأخلاق الحميدة إذن لحماية هذه المبادئ الأخلاقية الجوهرية التـي تعتبـر ضرورية لحماية المجتمع من الفساد ، و يجب ألا يسمح القانون ما تنكـره الأخـلاق ، فيجب اعتبار الاتفاقيات التي تنشئ التزامات ينكرها الأخلاق غيـر مـشروعة و هكـذا يستطيع المرء التصرف بجسمه ضمن شروط محددة .

و لكـن يجـب علينـا التـساؤل كيـف يمكـن لهـذا المحـل الـدخول فـي التعامل القانوني الخاص ؟

1- A. WEILL et F. TERRE, Introduction générale au droit, les obligations, 4éme édition DALLOZ, 1979 page 286.

٢ - قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) المؤرخ فـي ١٩٩٦/١٠/٢٩ ملـف رقـم ١٤٤١٧٩ (غيـر منشور)، كذلك قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) بتاريخ ١٩٩٧/٠٧/٠٨ ملف رقم ١٤٠٨١٤ (غيـر منشور).

٣- J. CARBONNIER, Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F 1987 page 352.

4- X. LABBEE, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Presses universitaires de Lille 1990, page 381, paragraphe 231.

إن تميز المحل عن غيره يؤدي بنا إلى طرح السؤال التـالي : علـى مـاذا يقـع الالتزام ؟ ، فالشيء محل الالتزام هو إذن الأداء الموعود به من قبل المدين ، و يجب أن يكون محل الالتزام مشروعا و معينا بشكل كاف و أن يكون ضمن التعامل القانوني .

و قد اعتبرت النظرية التقليدية للمحل أن الشخص الطبيعي خارج نطاق التعامـل القانوني لأنه سيكون محلا مستحيلا للالتزام ، و لن تكون الاتفاقية مـشروعة إذا كـان محلها جسم الإنسان .

كما يعتبر أنصار هذه النظرية أنه << استنادا لمقتضيات النظام العام و الأخـلاق الحميدة ، يجب إبطال الاتفاقيات التي ترتب على عاتق أو لمصلحة أحد الأطراف الالتزام أو الإمكانية بالاعتداء على التكامل الجسدي ، سواء على جسمه أو على جسم الغير كونها تتضمن محلا غير مشروع و غير أخلاقي في نفس الوقت >>(١).

ولكن التصرف بجسم الإنسان لا يعارض النظام العام و الأخلاق الحميدة مادام لا ينتج عنه خطر شديد بالنسبة للشخص ، و مادام يهدف هذا التصرف لتجنب خطر آخـر أشد منه ، و في الواقع << يأخذ القانون بعين الاعتبار بشكل كبير الهدف المتوخى مـن قبل الأطراف>>(٢) .

كما أن الطابع المتعدد و المرن للنظام العام و الأخلاق الحميدة يسمح بتكيف مبـدأ التكامل الجسدي مع الحاجات الاجتماعية للحظة المناسبة .

و بذلك تم دخول جسم الإنسان في تعامل قانوني خاص يأخذ بعين الاعتبار الهدف المتوخى من قبل الأطراف المتعاقدة .

لكن يطرح التساؤل فيما إذا كان النظام العام يسمح بإيقـاع مثـل هـذا الاعتـداء لمصلحة الغير ، فهل ينسجم اقتطاع عضو أحد المتبرعين لزرعه عند مستفيد مـا مـع النظام العام و هل يشكل محلا مشروعا لاقتطاع الأعضاء ؟

و سنحاول فيما يلي تكييف النظرية العامة للمحل مع حالة اقتطـاع الأعضـاء ، فمحـل الاقتطاع هو النشاط الذي يبذله الجراح لاقتطاع العضو ، أما محل التبرع فهـو إعطـاء العضو المقتطع .

1- A. JACQUES, Les conditions relatives à la personne physique, Revue critique de législation et de jurisprudence, page 373 paragraphe 7.

2- J. CARBONNIER, OP.CIT, page 2١٧ paragraphe 7.

فيما يتعلق بالاقتطاع ، يتمثل محل التزام المتبرع بالخضوع للاقتطاع ، في حين أن محل التزام الجراح يتمثل في نشاطاته المهنية الهادفة إلى اقتطاع العضو ، و بالطبع محل هذين الأداء ين هو جسم المتبرع الـذي لا يظهـر مـن الناحيـة القانونيـة إلا بـشكل غير مباشر(١).

و سنتطرق فيما يلي إلى كل من محل الأداء (الفرع الأول) ، و محـل الالتـزام (الفرع الثاني) :

الفرع الأول :
فيمـا يتعلـق بمحـل الأداء

بما أن الجسم هو جزء من الشخص ، فانه مثله خارج التعامل القـانوني ، لأن التصرف الذي يقع عليه قد يهدد حريته ، فمن الضروري إذن كمـا يـشير إليـه J . CARBONNIER أن تكون الحرية في هذه التصرفات جزئيـة(٢) ، لأن التـصرف الجزئي بالجسم لن يهدد حرية الشخص ، فضلا عن ذلك يمكن لهـذا الـشخص دائمـا الرجوع عن التعهد بالتصرف بجسمه ، لكن تبقى دائما المشكلة من وجهة النظر التقنيـة و القانونية هل جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ؟

فالشيء يعتبر خارج التعامل القانوني إذا كانت طبيعته أو الغاية منه تجعلـه غيـر قابل لأن يكون محلا للتعامل ، كما يعتبر الشيء أيضا خارج التعامـل إذا كـان محـلا لتصرف قانوني غير مشروع(٣) ، و فيما يتعلق بجسم الإنسان ، فان العقبات التي تتعلـق بطبيعته أو بالغاية منه و التي تمنع دخوله في تعامل قانوني مسموح به مـستبعدة ، لأنـه متى تم قبول شرعية و أخلاقية سبب الاتفاق فمن الممكن قبول شرعية المحل.

و في الحقيقة ، إذا اعترفنا بالهدف الأخلاقي لتصرف المتبرع ، فيمكن التغلب على العقبة المتعلقة بطبيعة الجسم و التي تمنعه من أن يكون محلا لاقتطاع الأعضاء لنقلها إلى شخص آخر مريض ، و فيما يخص مصير الجسم لا يوجد أي عقبة بيولوجيـة لاقتطـاع جزء من الجسم دون أن يسبب ذلك أي خطر للمتبرع ، و يمكن تأمين الوظيفة الحيويـة للعضو المقتطع من خلال عضو آخر عندما تكون الأعضاء مزدوجة(٤) .

و بالتالي لم يبق من أسباب عدم مشروعية محل الاتفاق إلا إذا منع المشرع مثـل هذا التعامل أو كان مخالفا لنظام العام ، و في هذه الحالـة ، يسمـح المشـرع و ينظـم

١- أحمد شرف الدين ، قانون نقل الأعضاء ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتـوراه - الطبعـة ٢ - بـاريس ١٩٧٥ ص ٣٠٤.

2- J. CARBONNIER, OP.CIT , page 2١٧ paragraphe 7.
٣- د. أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسالة دكتوراه " منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ١٩٩٩ ، صفحة ٢٩٣ .
٤- أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ٢٩٣.

فيما يخصه ، التعامل الذي يكون محله جسم الإنسان كما هو عليه في قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري و قوانين البلدان الأخرى .

الفرع الثاني :
فيمـا يتعلـق بمحـل الالتزامـات

محل الالتزام بصفة عامة هو كل ما يلتزم به المدين إما التزام بعمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء ، و يقصد به نقل أو إنشاء حق عيني(١) .

يعتبر المحل غير مشروع إذا كان ممنوعا من قبل القانون أو مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة ، و في الواقع تسمح القوانين سواء قوانين البلـدان المختلفـة أو قـانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري باقتطاع الأعضاء بل هي تشجع ذلك .

و لا يمكن اعتبار رضاء المتبرع بالعضو غير صحيح إلا بـاللجوء إلـى مفهـوم النظام العام و الأخلاق الحميدة ، و يكون هذا عند مخالفتها شروطا معينة .

و منه نستنتج أن اقتطاع عضو من أجل زرعه عند أحد المرضى يـشكل محـلا مشروعا للاقتطاع ، و الممنوع هو التنازل الكامل عن الجسم أثناء الحياة أو اقتطاع عضو وحيد أو أساسي للجسم كالقلب ، لأن هذا الاقتطاع سيؤدي بالضرورة إلى موت المتبرع .

لكن حتى إذا انسجم محل اقتطاع الأعضاء مع مقتضيات النظام العام و الأخـلاق الحميدة فلا يمكن السماح بالموافقة لأي هدف كان و لا يقبل إلا التبرع المخصص لتحقيق مصلحة علاجية مشروعة.

المطلب الثاني :
أخلاقيـة سبـب اقتطـاع الأعضـاء

تلعب نظرية السبب دورا مهما ضمن العلاقات التعاقدية حيث يـستطيع القاضـي بواسطة السبب مراقبة الطابع الأخلاقي للاتفاق ، فالسبب هو الذي يسمح باكتشاف أهداف الأطراف المتعاقدة(٢).

١- محمد حسنين : الوجيز في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع – الجزائر ١٩٨٣- ص ٦٣ .

2- P. MALAURIE, L'ordre public et le contrat, édition Briane-Reims 1953, page 183, paragraphe 217.

و السبب في مجال التصرفات القانونية هو دافع الإرادة أي السبب الذي من أجله يلتزم المدين بموجب عقد(١) .

و في الواقع لا يكفي أن يكون للالتزام سبب و أن يكون هذا الالتزام صحيحا بل يجب أن يكون السبب مشروعا ، و يعتبر السبب غير مشروع << متى كان معاقبا من قبل القانون أو كان مخالفا للنظام العام أو الأخلاق الحميدة >> (٢).

و بالتالي يجب ألا تتعارض الاتفاقيات الواقعة على جسم الإنسان مع النظام العام و مع مصلحة المجتمع ، اللذين لا يعارضان إبرام مثل هذه الاتفاقيات إلا إذا كانت الأطراف المتعاقدة ترغب تحقيق هدف غير مشروع ، فالقانون يأخذ بعين الاعتبار بشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين(٣) ، و حرية الشخص بالتصرف بجسمه ليست بدون حدود و لا يمكن أن تمارس هذه الحرية بشكل مشروع لتحقيق أي هدف كان ، فلا يوجد شخص يستطيع التصرف بجسمه بدون سبب مشروع (٤).

فيجب أن يهدف التصرف بجسم الإنسان تحقيق فائدة مشروعة ، أي علاج الشخص محل التصرف أو أي شخص آخر ، فالهدف العلاجي هو الذي يشكل المصلحة المشروعة، و لا يكون نقل الأعضاء مشروعا إذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح و ليس شفاء المريض .

فهل يستطيع الشخص الموافقة على اقتطاع أحد أعضائه أثناء حياته لزرعها في شخص آخر ؟ (الفرع الأول) ، و هل تعطي مصلحة المجتمع فعالية دائما للتنازل عن عضو من أجل المساعدة على تطور العلم ؟ (الفرع الثاني)

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلين فيما يلي :

الفرع الأول :
تحقيق فائدة الغير

الأصل هو عدم إمكانية الاعتداء على التكامل الجسدي لجسم الإنسان إلا ضمن الضرورة العلاجية ، و بعد الحصول على موافقة معمقة من قبل صاحب الشأن إلا إذا اقتضت مصلحة هذا الشخص بتدخل علاجي لا يستطيع هو نفسه الموافقة عليه .

- -

1- C. LARROUMET, Droit civil, les obligations, le contrat, 2éme édition 1990, page 409, paragraphe 440.

٢ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٢٩٦ .

3- J. CARBONNIER, Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F 1987 page 253, paragraphe 48.

٤ - د. أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ .

إلا أنه ، قادت مقتضيات الأخلاق الضرورية المشرع للنص على استثناءات لمصلحة الغير ، المجتمع و الصحة العامة ، و لا يمكن قبول اقتطاع عضو من شخص سليم تماما إلا إذا كان لتحقيق الشفاء المؤكد لشخص محدد بذاته ، و هذا ما نصت عليه المادة ١٦٦/ ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها(١) التي جاء فيها ما يلي : **<< لا تزرع الأنسجة والأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية........>> ،** و هذه الغاية العلاجية بالنسبة للغير هي التي تبرر مشروعية اقتطاع الأعضاء .

لدى يجب التأكيد على أن مبدأ المحافظة على التكامل الجسدي لجسم الإنسان هو السائد في هذا المجال ، فلا يمكن أن يهدف اقتطاع الأعضاء تحقيق فائدة غير مشروعة أو أن يسبب فقدان الحياة أو يلحق ضررا كبيرا بمصلحة المتبرع (٢).

١ . يجب أن يمثل اقتطاع الأعضاء طابعا مشروعا :

فاقتطاع الأعضاء يجب أن يحقق هدفا علاجيا ، أي أن يكون المستفيد مريضا و قابلا للحصول على فائدة ، فيجب ألا يطرح نقل الأعضاء إلا إذا كان الأمر الأخير ، أي بعد وضع كل التقنيات التقليدية موضع التنفيذ و أصبح المستفيد المحتمل ذاهبا باتجاه الموت المؤكد ، أو إذا كان نقل الأعضاء يقدم للمريض الأمل بالعثور على حياة طبيعية حقيقية ، و هذا ما نصت عليه المادة ١/١٦٦ من قانون حماية الصحة و ترقيتها السالفة الذكر .

و قد أكد COSTE – FLORET هذه النتيجة ، حيث استنتج القواعد التالية الضرورية لمشروعية كل عمليات نقل الأعضاء بشكل عام : << يجب أن يكون الشخص المستفيد مريضا ، و يجب أن تهدف المحاولة لتحقيق مصلحة الخاصة فقط ..... و يجب أن يتناسب الخطر مع الآلام و المضاعفات الممكنة و لا يمكن أن يكون هذا الخطر غير محدد إلا في الحالات الميؤوس منها >>(٣).

و لا يملك اقتطاع الأعضاء طابعا مشروعا إذا كان لأهداف اشهارية ، و نذكر في هذا الصدد القضية التي أوجبت على المحكمة المدنية بباريس إصدار حكم بتاريخ ٣ جوان ١٩٦٩ (٤) ، حيث تم اقتطاع قطعة من فخذ إحدى الفتيات الذي كان قد

١- المادة ١/١٦٦ من القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
2- M. HARICHAUX, La prise en charge du coût des transplantations d'organes, Revue trimestrielle Dr.Sanit et Soc, n° 25 juillet – septembre1989, page 132.
٣ - محكمة الدعاوى الكبرى لباريس ، الفرع المدني ، بتاريخ ١٩٦٩/٠٦/٠٣ ، تعليق د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق، صفحة ٢٩٩ .
4- Tribunal de grande instance de Paris, section civile, 03/06/1969.

وشم مسبقا بوردة و برج ايفل ، و قد قضت المحكمة ببطلان الاتفاق بين منتج الفيلم السينمائي و هذه الفتاة القاصر التي ترغب بالظهور عارية في الفيلم ، والخضوع لعملية الوشم على ردفها ، خصوصا و أن المعلق على الفيلم قد أعلن أنه سوف يقتطع و يباع للآخرين ، و قد اعتبرت المحكمة أن هذا الاتفاق غير مشروع و غير أخلاقي و معارضا للنظام العام ، بالإضافة إلى ذلك ، اعتبر الحكم أن الجراح الذي أجرى الاقتطاع قد ارتكب مخالفة الإيذاء المقصود رغم حصوله على موافقة الضحية التي هي قاصرة .

و عليه يجب أن يكون هناك مصلحة مشروعة عند المتبرع ، و هي الرغبة بانقاد حياة شخص آخر، و بالتالي يجب استبعاد المتبرع الذي يهدف للتخاص بشكل غير مباشر من الخدمة العسكرية .

لكن هل يكفي وجود مصلحة مشروعة للمستفيد لتبرير اقتطاع أي عضو كان ، حتى وأن كان حيويا للمتبرع .

٢ . يجب ألا يكون العضو المتبرع به ضروريا لحياة المتبرع :

فإذا كان من الواجب تشجيع الشجاعة ، الغيرة و المحبة فانه يجب مع ذلك احترام بعض الحدود ، فيجب ألا يتحول قبول الخطر إلى قرار ضار غير عقلاني ، و لا يوجد طبيب يمكن أن يقبل قيام شخص بالتضحية بحياته لانقاد شخص آخر حتى و إن كان ذلك يتعلق بطفله .

فلا يمكن أن يقبل النظام الاجتماعي التبرع بعضو وحيد ضروري لاستمرار الحياة ، لأنه يعادل <<التبرع الانتحاري >> أو << الوفاة حسب الطلب >>[1] .

و سيؤدي مثل هذا الاقتطاع إلى موت المتبرع و بالتأكيد إلى مسؤولية الطبيب ، و هذا مهما كان مدى النجاح الذي حصل عليه الشخص المستفيد من عملية نقل الأعضاء.

و الموافقة التي أعطاها صاحب الشأن لقتله لن تكون نافدة لأن المحافظة على الحياة من النظام العام و لا يمكن الموافقة على انتهاك هذا المبدأ .

و كما كتب البروفيسور J. SAVATIER (٢) : << من الواضح أن هم انقاد حياة شخص لا يبرر قتل شخص آخر فلا يمكن قبول إلا التبرع العقلاني >> .

1- P.J. DOLL, L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, Gazette du Palais 1974, page 822.

2-J. SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, Cahiers Laennec, mars 1966, page 29.

٣ . يجب أن يكون الخطر الواقع على المتبرع أدنى من فرص البقاء على قيد الحياة :

بما أن اقتطاع عضو سليم من جسم إنسان لزرعه في شخص آخر ليس له بالنسبة للمتبرع أي فائدة علاجية ، فانه يجب إذن مقارنة الضرر و الخطر الذي يقع على المتبرع مع فرص النجاح المعطاة للمستفيد .

و تظهر خصوصية زرع الأعضاء بأن هذه الموازنة للأخطار و المزايا تطبـق على شخصين مختلفين حيث يتحمل الأول الأخطار فيما يستفيد الأخر من فرص النجاح، و هذا يعني أن الفائدة المراد تحقيقها يجب أن تكون ملحة للغاية من أجل تبرير الأخطـار التي يتحملها المتبرع ، و لا يمكن الاكتفاء بأن تكون الفائدة المحتملة للمريض أعلى بشكل بسيط من الخطر الواقع على المتبرع ، بل يجب أن تتجاوز فرص انقاد المستفيد الأخطار التي يتعرض لها المتبرع بشكل كبير جدا(١).

و التقدير الجماعي لفرص النجاح مع الأخطار هي وظيفة مرتبطة بمهنة الطـب و يجب على الطبيب القيام باختيار نقي ، اختيار مجرد عن القيم الفرديـة و الاجتماعيـة العلمية أو السياسية للمتبرع و المستفيد .

و أي اقتطاع للأعضاء يتضمن وجود خطر و ضرر ممكنـين ، و نفهـم مـن الخطر هنا هو الضرر المرتبط بالاقتطاع نفسه أو بنتائجه ، ففي الواقع يمكن أن يعـرض المتبرع حياته للخطر خلال العمليـة الجراحية نفسها ، و قد توفي فعلا أحد المتبرعين في مدينة ليون الفرنسية أثناء اقتطاع كليته(٢) ، كما أنه هناك كذلك الخطر الذي يتمثل في امتلاك هذا الشخص لكلية واحدة فقط و إصابة هذه الكلية الوحيدة سيكون ذو نتائج مريرة.

و قد تطورت التقنية الجراحية لاقتطاع الكلية و لم تعد تتضمن إلا نسبة ضـئيلة جدا من الفشل ، و يمكننا أن نستعير بدراسة البروفيسور HAMBURGER ، حيـث قدر الخطر الجراحي الفوري لاستئصال الكلية عند متبرع سليم الجسم بحوالي ٠,٠٥ % و الـخطر البعيـد بـ ٠,١٢ % ، و ينزل المعدل الإحصائي للحياة عند شخص سـليم عمره ٣٥ سنة من ٩٩,٣ % إلى ٩٩,١ % للسنوات الخمـسة القادمـة ، و بـالرجوع للمعطيات الواردة من الولايات المتحدة الأمريكية يعتبر الجراح الشهير أن التبرع بالكليـة يمكن أن يزيد الخطر، بحيث يساوي ذلك الخطر الذي تحدثه قيادة سيارة لمسافة ٢٠ كـم كل يوم بدون أي عطلة(٣).

1- M. HARICHAUX, OP.CIT , page 132.

٢- و قد ذكر البروفيسور ROCH هذه الحالة ضمن أعمال مؤتمر ليبج البلجيكية حول اقتطاع الأعضاء ، سنة ١٩٧٤ صفحة ٢١ .

3- P.J. DOLL, OP.CIT, page 92.

بالمقابل إمكانيات النجاح بالنسبة للمستفيد مرتفعة عموما ، ولا يمكن في الواقـع اقتطاع أعضاء شخص حي إلا ضمن شروط ملائمة جدا للتوافـق النـسيجي ، و يمكـن الوصول إلى ١٠٠ % من النجاح بين التوائم أحادية الخلية و ٩١ % لمدة ٥ سنوات بين أخوة و أخوات يوجد بينهما توافق نسيجي كبير(١) .

و هكذا وبفضل تطور الطب ، يعتبر حاليا الخطر الذي يتعرض له المتبـرع ضعيف للغاية بالمقارنة مع الأصل بالبقاء على قيد الحياة و الشفاء المتوقـع للمـستفيد ، فالتناسب بين الأخطار و فرص النجاح هي التي تحكم انسجام اقتطاع الأعضاء مع النظام العام ، و إذا كان يمكن الحصول على فائدة كبيرة مقابل خطـر محـدود فـان اقتطـاع الأعضاء يعتبر منسجما مع النظام العام ، أما إذا مثلت العملية الجراحية خطـرا مرتفعـا بالنسبة للمتبرع و كانت الفائدة المرجوة للمستفيد محتملة ، فإنها تكون متعارضـة بـشكل واضح مع النظام العام (٢).

الفرع الثاني :
مصلحـــة المجتـمــع

السؤال المطروح هنا هو : هل يمكن أن يقبل الطبيب تبرع شخص بأحد أعضائه ليس من أجل شفاء شخص آخر و لكن للسماح بإجراء تجربة علمية ؟

و بهذا الصدد يجب التميز بين التجارب العلمية و التجارب العلاجية .

فالتجارب العلمية لا تهدف لتحقيق أي فائدة علاجية للشخص الخاضع للتجربة ، و لكنها تهدف جوهريا لاكتساب المعارف الطبية الجديدة ، في حـين تهـدف **التجـارب العلاجية** لجلب الفائدة لصحة الشخص نفسه .

و بالتالي إجراء أي تجربة لأهداف علمية محضة غير مشروع حتى مع الحصول على موافقة صاحب الشأن ، لعدم وجود الفائدة العلاجية بالنسبة له .

و يجب ألا يمارس نقل الأعضاء مبدئيا إلا باعتباره تجربة علاجيـة ، و بالتـالي التجربة التي أجريت ضمن هدف علمي محض بدون اعتبار لمـصلحة المـريض تمثـل طابعا غير مشروع ، و يمكننا أن نثير في هذا الصدد التجارب التـي أجراهـا الأطبـاء الألمان خلال الحرب العالمية الثانية في السجون أو في مراكز التعذيب ، فـإلى جانـب

التلقيح التجريبي للأمراض مثل الحمى الصفراء " التيفوس" أو الملاريا تم تشريح البـشر و هم أحياء ، و زرع الأعضاء و العقم عند البشر .....الخ ، لدى فعقب الحرب العالمية

1- J. GROSNIER, Bulletin de l’Académie de la médecine du 18/05/1976, page 527.

٢- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٩٦ .

أرادت عدة دول الوقاية ضد تجدد مثل هذا الإفراط ، فتم تحريـر، منـذ عـام ١٩٤٧ و استنادا لمبادرة المؤسسة الطبية العالمية ، قائمة من عشر مبادئ تتعلق بالتجـارب علـى الإنسان، و قد عرضت باسم قانون NUREMBERG ، و حددت هذه القواعد كـل التجارب المحتملة على الحالات التي لا تسبب خطرا للشخص الخاضع لها(١).

و قد ظهر على المستوى الدولي عدة توصيات دولية منهـا توصـيات هلـسنكي سنة ١٩٤٦ ، طوكيو سنة ١٩٧٥ ، جنيف سنة ١٩٨٢ .

كما نجد أن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها(٢) و بالخصوص نص المادة ١٦٨ فقرة ٣ الذي جاء فيها ما يلي : " **تخضع التجارب التي لا يرجـى مـن ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة ١٦٨ فقرة ١ أعلاه** " .

من هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري سمح بالقيام بالتجارب العلمية التي لا تهدف للعلاج ، لكن بشرط أن يكون ذلك خاضع للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية و كذا موافقة المتبرع ، و ذلك حسب نص المادة ١٦٨ فقرة ٢ مـن قـانون حماية الصحة و ترقيتها (٣) التي جاء فيها ما يلي **: "........يخضع التجريب للموافقـة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي** " ، لكنه نص في المادة ١٦٨ فقرة ٤ من نفس القانون على ما يلـي : " **لا تبـرئ موافقـة الـشخص موضوع التجريب و رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المبادر إلى التجريب من مسئوليته المدنية** " .

وبالتالي رغم أن المشرع الجزائري سمح بالقيام بمثل هذه العمليات و أخضع ذلك لشرط رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية و موافقـة المتبـرع ، إلا أن هـذه الشروط لا تعفي الطبيب القائم بمثل هذه العمليات من مسئوليته المدنية .

أما بالنسبة لفرنسا فقد اتخذت مبدئيا موقفا معارضا بقوة للتجارب الإنسانية مما أدى إلى توجه المخابر الفرنسية إلى دول أجنبية ، و قد قاد هذا الوضع المشرع للتـدخل مـن أجل إعداد قانون يتعلق بحماية الأشخاص الذين يتعرضون للأبحاث الطبية الحيوية ، و قد ميز هذا القانون بين الأبحاث ذات الهدف العلاجي المباشر و الأبحاث التي لا تملك هـدفا

علاجيا مباشرا ، فاعتبر الأولى مشروعة بشرط أن يكون المتعهد قد اكتتب على تـأمين ضامن لمسئوليته هذا من جهة (٤)، ومن جهة أخرى تنص المادة ل ٢ ـ ٢٠٩ منه :

- -

١- القاعدة الخامسة من قانون نورمبرغ تنص على أنه : " **لا يمكن إجـراء أي دراسـة إذا كانـت تتـضمن المـوت أو العجز** "

٢ ، ٣- القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

٤- أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ .

<< لا يمكن إنجاز أي بحث طبي حيوي على الكائن البشري إذا لم يكن مؤسـسا على الحالة الأخيرة للمعارف العلمية و على التجربة قبل السريرية الكافية ، وإذا كـان الخطر المتوقع وقوعه على الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث هو خارج التناسب مـع الفائدة المرجوة لهؤلاء الأشخاص أو الفائدة من هذا البحث ، و أخيرا إذا كان لا يهدف لنشر المكتسبات العلمية على الكائن البـشري و الوسـائل القابلـة لتحـسين وضـعه الصحي >> .

أما الأبحاث التي لا تحمل فائدة علاجية مباشرة ، فقد سمح بها القانون المؤرخ في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ واضعا شروطا محددة جدا لتأمين أقصى الضمانات و قد وردت هذه الشروط في المادة ل ٦. ٢٠٩ منه التي تنص على ما يلي : **<< يجب ألا تمثل أي خطر جدي متوقع على صحتهم و أن تكون مفيدة لأشخاص يمثلون نفس مواصفات العمـر ، المرض أو العجز و ألا يكون من الممكن تحقيق ذلك بشكل آخر >> .**

و من جهة أخرى يفرض القانون إجراء فحص طبي للأشخاص المعنيين ، و يجب إجراء التجربة في مكان مجهز بوسائل ماديـة و تقنيـة تكـون متأقلمـة مـع البحـث و منسجمة مع مقتضيات أمن الأشخاص الخاضعين لها .

وبما أن الخير الذي يمكن أن تحمله هذه التجارب الإنسانية للآخـرين لـه طـابع احتمالي و مجرد مما يبرر اقتصارها إلى حد كبير على حـالات لا تتـضمن إلا خطـر و ضررا ضعيفان جدا للشخص الخاضع لها ، فلا يمكن إذن أن تجعل الأبحاث العلميـة اقتطاع الأعضاء من شخص حي مشروعا مهما كانت فائدته للعلم و المجتمع لأنه علـى خلاف نقل الأعضاء لا تترجم التجارب على الشخص بشكل بديهي الفائدة الفورية لمريض محدد بذاته(١) .

هذا بالنسبة لشرعية اقتطاع الأعضاء ، لكن حتى يكون اقتطاع الأعضاء مشروعا هناك شرط يفرض بداهة و هو الحصول على رضاء الأطراف و تدعونا أهمية الرضـاء إلى تخصيص المبحث القادم لدراسة هذا الموضوع .

1- B. DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thése Lille 1978, p 121.



المبحث الثاني :
الـرضـــاء (الموافقة)

كما سبق ذكره ، لا يمكن اقتطاع أعضاء الشخص الحي إلا ضمن هدف علاجـي يهدف إلى تحقق الفائدة المباشرة للمستفيد ، أي يجب زرع العضو المتبرع به عند مريض محتاج لهذا الزرع .

بالنسبة للباقي ، تعتمد التشريعات على الوضع القانوني للمتبرع ، هل هو راشد غير خاضع لإجراء قانوني للحماية ، و بذلك يستطيع السماح بحرية باقتطاع أعضائه للتبرع بها ، أم أنه بالمقابل غير كامل الأهلية و يخضع لحماية معززة .

فاشتراط الموافقة المحددة بقانون حماية الصحة و ترقيتها هو التزام يقـع علـى عاتق الأطباء ، و يشكل عليها إذاً أحد الشـــروط الـتي تسمـح باقتطـاع الأعضاء ، و بالتالي عدم توفرها قبل إجراء عملية استئصال و زرع الأعضاء ترتب مسؤولية الطبيـب سواء المدنية ، أو الجنائية .

و عليه من الملائم أن نبحث أولا رضاء المتبرع في مطلـب أول ثـم رضـاء المستفيد في المطلب الثاني .

المطلب الأول :
رضـــــاء المتبـرع

إن المتبرع في مجال زراعة الأعضاء البشرية يعتبر طرفا في علاقة طبية جراحية ليس له فيها أي منفعة أو مصلحة سواء مادية أو صحية ، بالرغم من كونه طرفا مهما في هذه العلاقة ، فبدون وجوده لا تتحقق عملية زراعة الأعضاء ، هذا من جهة (1).

من جهة أخرى المتبرع يعد شخصا سليما معافا بدنيا ، كما أنه شخص حر لـه حق في سلامة جسمه ، و هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخـصية ، و يتعلـق بـذاك بالنظام العام لذا فحمياته من مصلحة المجتمع ، لأنه لا يمكن أن يقـوم بوظائفـه اتجـاه

١- نصر الدين مروك ، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسـالة ماجستير لسنة ١٩٩٣ ، ص ١٠٦ .

المجتمع إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة ، و أي اعتداء على سلامة جسمه يقلل مـن مقدرته على القيام بوظائفه اتجاه المجتمع ، و بالتالي يعد اعتداءا على حـق المجتمـع ، لذلك فهولا يمكنـه التنـازل عـن حياتـه حتـى تعريـضها للخطـر ، أو الإنقـاص من مقدرتها الوظيفية (١).

و بالتالي عدم حصول الطبيب على رضاء المتبرع قبل عملية استئصال العضـو منه يعد خطأ ، و يترتب بذلك مسؤوليته المدنية اتجاه هذا المتبرع بالعضو، و مسؤوليته الجنائية تجاه المجتمع .

و لدراسة رضاء المتبرع أو موافقته يجب التطرق إلى النقاط التالية :

⇐ **مميزات رضاء المتبرع .**
⇐ **صور تعبير المتبرع عن إرادته .**
⇐ **محل رضاء المتبرع .**
⇐ **عدول المتبرع عن رضائه .**
⇐ **أثر رضاء المتبرع بالعضو .**

الفرع الأول :
مميـزات رضـاء المتبـرع

حتى يكون رضاء المتبرع صحيحا و منتجا لآثاره يجب أن يتميز عن غيـره فـي المجالات الأخرى ببعض المميزات و هي :

⇐ **تبصير المتنازل .**
⇐ **أن يكون الرضاء بدون مقابل .**
⇐ **أن يكون الرضاء حر .**

و سنتطرق فيما يلي إلى كل ميزة على حدا :

١ . تبصير المتبرع :

لقد نصت المادة ١٦٢ في فقرتها الأخيرة من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : " **... و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطـار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال** "[٢].

١- د. رياض الخاني ، المظاهر القانونية لعمليات نقل و زرع القلب و التصرفات بأعضاء الجسم البـشري ، المجلـة الجنائية القومية ، العدد ١ ، المجلد٢١ ، مارس ١٩٨٧ ، ص ٢٠ ، و د. أحمد شوقي أبو خطوة ، القانون الجنـائي و الطب الحديث ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٦، ص ٦٩ .
٢- المادة ١٦٢ فقرة أخيرة من القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

حسب نص هذه المادة ربط المشرع الجزائري رضاء المتبـرع بواجـب الطبيـب بتبصيره حول جميع المخاطر التي قد يتعرض لها في الحال ، أو في المستقبل من جراء عملية الاستئصال[١] ، و التبصير ليس فقط بالمخاطر الطبية العادية بل ذهب القانون إلـى أبعد من ذلك حيث ألزم الطبيب أن يبصر المتبرع بالمخاطر المحتملة أيضا ، و هذا ظاهر صراحة في نص المادة سالفة الذكر ، و تشمل المخاطر المحتملة ما يصيب المتنازل حالا و مستقبلا ، كما تشمل المخاطر التي تؤثر على الحياة الشخـصية ، العائليـة و المهنيـة للمتبرع التي ستترتب على عملية الاستئصال ، بأن يخبره إذا ما كان بإمكانه بعـد هـذه العملية أن يمارس عملا معينا من عدمه ، أو أن يؤدي الالتزامات المفروضة عليـه مـن الناحية الاقتصادية و الاجتماعية أم لا .

كما يجدر بالطبيب أن يطلع المتبرع على الحقيقة الكاملة ، على خـلاف المـريض الذي يمكن للطبيب أن يخفي عليه بعض المخاطر التي يتعرض إليها إذا رأى أن حالتـه النفسية لا تسمح بذلك ، و حتى يتحقق التزام تبصير المريض يجب على الطبيب استخدام لغة واضحة من قبل الشخص العامي و الابتعاد عن المصطلحات التقنية لمهنة الطب كـي يضعها تحت تصـرف محـاوره ، و يجـب أم يكـون شرحـــه بـسيطـا ، حقيقيـا و واضحا ، بالإضافة إلى كل ما سلف ذكره يشمل تبصير الطبيب للمتبرع كذلك ضرورة إخطاره بالحالة الصحية لمتلقي العضو ، و بالنتائج المنتظرة مـن عمليـة زرع العـضو المتبرع به ، لكن هل إخطار المتبرع بحالة المريض مستقبل العضو يعد بمثابة إفشاء لسر المهنة الطبية الذي يعد خطأ يترتب مسؤولية الطبيب المدنية ، و كذا الجنائية ؟

لقد اختلفت الآراء فيما يتعلق بهذا التساؤل ، و سنتطرق فيما يلـي لمختلـف الآراء التي جاءت في هذا الشأن :

✩هناك من ينادي بتطبيق القواعد العامة في إفشاء سر المهنة ، و بالتالي يعد حـسب هـذا الرأي مسؤولا الطبيب الذي يخطر المتبرع عن الحالة الصحية للمتلقي.

✩بينما هناك رأي آخر يرى بأن إخطار الطبيب للمتبرع بالحالة الصحية لمتلقي العـضو لا يعد إفشاء لسر المهنة ، و بالتالي لا يترتب خطأ يقيم مسؤولية الطبيب ، و هذا راجع إلى أن المتبرع يعد طرفا في عملية الاستئصال ، فلولاه لما تحققت عملية زرع العضو ، لـذا فمن حقه معرفة الحالة الصحية للمتلقي[٢]، و بالرجوع للقانون الجزائري نلاحظ أن نص

المادة ١/٢٠٦ و ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها جاء فيها ما يلي **:" يضمن احترام شرف المريض و حماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء ...**

– –

1- A.CHADLY : Les prélèvements d'organes en vue de greffe – Revue Maghreb médical – volume 20 – N° 345 – mars 2000 – édition Maghreb médical – Tunis 2000, P 91.

٢ - د. أحمد شوقي عمر أبوخطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنة دار النشر العربية ١٩٨٦ صفحة ٧٥ .

ما عدا الترخيص القانوني ، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما، و مطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته" (١) .

و نلاحظ كذلك نص المادة ٢/١٦٢ من نفس القانون : " **... و لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي تتسبب فيها عملية الانتزاع ... " .**

و منه بما أن هذه المادة - ٢/١٦٢ - تلزم الطبيب بتبصير المتبرع عن الأخطار المترتبة عن عملية الاستئصال ، فإن إطلاع المتنازل على الحالة الصحية للمتلقي ، و على النتيجة المنتظرة من عملية زرع العضو به لا يعتبر من قبيل إفشاء السر المهني ، و هذا راجع للطبيعة الخاصة لعمليات زرع الأعضاء ، و اعتبار المتبرع طرفا في هذه العملية .

و بالتالي ، المشرع الجزائري أخذ بالرأي الأول في الأعمال الطبية الجراحية العادية، أي بعدم مشروعية إفشاء السر المهني في نص المادة ٢٠٦ من قانون حماية الصحة و ترقيها ، و أخذ بالرأي الثاني في مجال عمليات زراعة الأعضاء ، أي بمشروعية إفشاء السر المهني في هذه الحالة لنص المادة ٢/١٦٢ من نفس القانون .

هذا بالنسبة للقانون الجزائري ، و ما جاء فيه حول تبصير المتبرع أما بالنسبة للقوانين الأخرى ، فإننا نجد كل التشريعات تأخذ بضرورة تبصير المتبرع كاملا و شاملا.

فنجد نص المادة ل ٣ - ٦٧١ من القانون الفرنسي المؤرخ في ٢٩ جويلية ١٩٩٤ (٢)على ضرورة إعلام المتبرع بالأخطار التي يتعرض لها بالنتائج المتوقعة و اقتطاع الأعضاء ، غير أن هذا النص لا يفرض إعلام المتبرع بالنتائج المرجوة، و هذا مفاجئ لأن التبرع بالأعضاء مخصص مبدئيا لمستفيد يملك صفة أب أو أم ، ابن أو بنت ، أخ أو أخت المتبرع (٣).

كما نجد نفس الشيء بالنسبة لنص المادة ١/٤ (٤) من القانون الفرنسي الخاص بعمليات نقل الأعضاء .

١- كان نص هذه المادة قبل أن تعدل بموجب القانون رقم ١٧/٩٠ الصادر بتاريخ ٣١ يوليو ١٩٩٠ كما يلي : " يجب على الأطباء و جراحي الأسنان و الصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ".
٢- القانون رقم ٩٤/٦٥٤ المؤرخ في ١٩٩٤/٠٧/٢٩ المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي .
٣- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٣٠٩ .
٤- المرسوم التنفيذي الفرنسي رقم ٧٨/٨٠١ المؤرخ في ١٩٧٨/٠٣/٣١ المتعلق بزراعة الأعضاء .

و نجد كذلك نفس الالتزام بتبصير المتبرع في نص المادة ٢٣ من القانون التشيكوسلوفاكي الصادر بتاريخ ١٩٨٦ ، و كذلك القانون الدانيماركي رقم ٢٤٦ الصادر بتاريخ ٩ جوان ١٩٦٧ و المتعلق بزراعة الأعضاء البشرية .

و في الولايات المتحدة الأمريكية تم إعداد في هذا الصدد النموذج التالي: (١)

« لقد شرح لي الدكتور ....أن حياة السيد ....في خطر بسبب إصابته بقصور كلوي إلى الحد الذي لا يقبل الشفاء .

وقد أعلمني أنه يمكن نقل كلية من شخص لآخر بواسطة عمل جراحي ، و قد حصلت على معلومات كاملة عن الخطر الفوري الذي يمثله استئصال كلية بالنسبة لي و كذلك عن الضرر الدائم الذي يمكن أن ينتجه هذا الاقتطاع على صحتي ، و أعلم كذلك أن هذه العملية قد لا تكلل بالنجاح و تحقق الفائدة المنشودة للمستفيد ، و حتى يستطيع السيد ....الاستفادة من العملية، أرغب مع ذلك السماح و إعطاء التعليمات كي يقتطع الدكتور ....إحدى كليتي من خلال عمل جراحي .

التاريخ   **توقيع المتبرع**

أشهد أن المتبرع قد اقر هذا النموذج المرفق و وقعه بحضوري و اعتقد أن السيد ....قد حصل على المعلومات الكافية .

التاريخ   **توقيع الشاهد » .**

أما على الصعيد الأوروبي أو الدولي ، تنص النصوص المتعلقة باقتطاع الأعضاء من أشخاص أحياء بالنسبة للمتبرع على قواعد مماثلة في مجموعها لقواعد التشريعات الفرنسية و خاصة فيما يتعلق بالمتبرع الراشد ، أي ضرورة وجود موافقة حرة و أحيانا صريحة ، و كذلك إعلام المتبرع عن الخطر و نتائج الاقتطاع (٢).

١- د. أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، صفحة ١٣٩ ، ١٤٠ .
٢- المادة ٢ و ٣ من التوصية (٧٨) ٢٩ لجنة وزارة المجلس الأوروبي حول تنسيق تـشريعات الـدول الأعـضاء المتعلقة بالاقتطاع وزرع و نقل المواد ذات الأصل البشري .

و أيضا تنص الفقرة ٢ من المبدأ الثالث من القواعد الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التي تبنتها منظمة الصحة العالميـة فـي ١٣ مـاي ١٩٩١ أن : " **الراشـدين الأحيـاء يستطيعون في كل الأحوال التبرع بالأعضاء ، و لكن يجب بشكل عـام وجـود رابطـة وراثية بين المتبرع و المستفيد ، و يجب إعلام المتبرع ... بشكل كاف حتى يـستطيع فهم و تقدير الأخطار و الحسنات و نتائج موافقته** "(١) .

٢ . أن يكون الرضاء حر :

بالإضافة إلى تبصير المتبرع حتى يكون رضاءه صـحيح يجـب أن يكـون هـذا الرضاء حرا .

ماذا يعني بالرضاء الحر ؟

هو الرضاء الذي يكون بإرادة صحيحة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة كـالغلط، الإكراه ، التدليس ، الغبن و الاستغلال (٢).

لكن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة و ترقيتها لم يذكر الرضـاء الحـر للمتنازل صراحة بل يمكن استنتاجه من نص المادة ١٦٢ فقرة ٢ منه التي جـاء فيهـا **:**
" ... لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطاء الطبيـة المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع ، و يستطيع المتبرع في أي وقت كـان أن يتراجع عن موافقته السابقة " .

نستنتج من هذه المادة أنه بما أن المشرع الجزائري اشترط تبصير الطبيب لمتبـرع بالأخطار الطبية التي قد تسببها عملية الاستئصال لما قد سلف إيضاحه سابقـا ، فإنــه بطريقة غير مباشرة يشترط أن يكون رضاء المتبرع حرا ، بمعنى صادر من متبــرع يتمتع بكامل قواه العقلية و قادر على تكوين رأي صحيح حول موضوع الرضاء دون أن يتعرض لأي ضغط أو إكراه .

لكن عدم النص صراحة من قبل المشرع الجزائري على ضرورة الرضـاء الحـر للمتبرع يجب أن لا يطرح أي مشكلة لأنه يوجد مبدأ قانوني لا يعتبر الموافقة مـشروعة إلا إذا تم التعبير عنها بحرية ، و بالتالي كانت خالية من عيوب الرضاء .

١- نقل الأعضاء البشرية ، تقرير عن النشاطات الجارية تحت رعاية منظمة الصحة العالمية سـنة ١٩٨٧ ـ ١٩٩١ صفحة ٨ ، ٩ .
٢- أنظر المواد من ٨٠ إلى ٩٠ من القانون المدني الجزائري .

كما أن الفقه يذهب إلى أكثر من ذلك فيشترط ضـرورة إخـضاع المتبـرع إلـى الفحوص الطبية النفسية (١) للتأكد من عدم وجود ضغوط نفسية عليه تعيب إرادته .

كما يجب التأكد من أنه غير خاضع لضغوط عائلية إذا كان هذا المتبرع من أقارب المستقبل للعضو ، و إخطار عائلته بنتائج هذه الضغوط الممارسة عليه .

و استنادا للعميد G.CORNU : " من الملائم أن نحدد ما يمس الجسم جسديا و لكن ما يمس جسم الفرد يمس حريته و بالمقابل المحافظة على الحرية له جوانب جسدية " (٢).

هذه الملاحظة للعميد G.CORNU تبدو متوافقة للغاية مع دراسة نـصوص القـوانين الجديدة ، فهل تعتبر الحماية التي يجب أن ترافق التبرع بالأعضاء أو أجـزاء الجـسم ، و النصوص المتعلقة بالعمليات الجراحية الطبية كافية لتأمين الاحتـرام المتوجـب لـذلك و الذي بسبب صغر سنه أو بسبب اختلال ملكاته العقلية لا يدرك نتيجة تصرفاته ؟

تنص الفقرة ٢ من المرشد الثالث من المبادئ الموجهة لنقل الأعضاء البشرية التـي تبنتها منظمة الصحة العالمية في ١٣ ماي ١٩٩١ : " **يجب آلا يخضع المتبرع لأي نفـوذ أو ضغط تعسفي ....**" (٣).

سوف نتناول أولا الراشدين عديمي الأهلية ثم حالة القصر ، و بعـده المتهمـين ، و المحكومين و سجناء الحرب و أخيرا حالة الاقتطاع الإجباري للأعضاء .

٢. ١. الراشدين عديمي الأهلية :

الراشد عديم الأهلية هو الشخص الذي تقلصت أهليته القانونية قضائيا ، أو الغيـت بسبب تلف ملكاته العقلية أو الجسدية (٤).

أما الأهلية فهي نوعان : أهلية وجوب و أهلية أداء .

١- المرسوم الإسباني رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٨٠ ينص على ما يلي : " ... وجوب فحص الحالة البدنية و العقلية للمتنازل ، و أن يتم ذلك بمعرفة طبيب آخر بخلاف ذلك الذي يباشر عملية الاستئصال "

2- G.CORNU, Droit civil, introduction, les personnes, les biens, tome 1 , 7éme édition, Montchrestien, Paris 1993, paragraphe 497.

٣- زرع الأعضاء البشرية ، تقرير منظمة الصحة العالمية لسنة ١٩٩٩ ، صفحة ٩ .

4- M. BATIGNE, Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, page 299.

فأهلية الوجوب هي : " صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه " أما أهلية الأداء فتعرف بأنها : " صلاحية الشخص لاستعمال الحق "(١).

و قد جاء في نص المادة ١٦٣ من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي : " **يمنـع القيام بانتزاع الأعضاء من القصر و الراشدين المحرومين من قـدرة التمييـز ....** " ، هذه الفئة الأخيرة التي نحن بصدد دراستها و المتمثلة كما هو عليه في نص المـادة فـي الراشدين المحرومين من قدرة التمييز ، لكن المشرع الجزائري لم يحدد لنـا مـن هـم الأشخاص الراشدين المحرومين من قدرة التمييز .

و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد القانون المدني في المادتين ٤٢ ، ٤٣ يحدد هذه الفئة الراشدة عديمة الأهلية ، و المتمثلة في من اعتـراه جنـون أو عتـه ، أو سـفه ، أو الغفلة (٢).

فالمشرع الجزائري اعتبر المجنون و المعتوه معدومي الأهلية ، و بالتالي تصرفاتهم باطلة بطلانا مطلقا ، لدى استبعدهما من أن يكونا طرفان في علاقة محلها نقل عضو من أعضاء الجسم ، هذا بالنسبة للمجنون و المعتوه ، لكن هل يعد السفيه و ذو الغفلـة فاقـدا للأهلية ؟ ، بحيث لا يمكنه التبرع بأحد أعضائه للغير ؟ .

للإجابة على هذا السؤال يجب توجيه النظر إلى مفهوم السفه و الغفلة : " السفه هـو تبذير المال و تضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل كالتبـذير و الإسـراف فـي النفقة، و أن يتصرف تصرفات لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء مـن أهـل الديانـة غرضا ، كدفع المال إلى المغنيين و شراء الحمامة الطيارة بثمن غـال ، و الغـبن فـي التجارات من غير محمده " (٣).

يتضح من هذا التعريف أن السفيه بالمعنى الضيق هو تبذير المال و إسـرافه علـى غير ما يقتضيه العقل ، أما الغفلة فهي الغش في المعاملات المالية .

١-عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص ٢٨٣ و ٢٨٥ .
٢- المادة ٤٢ من القانون المدني : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان واقفا للتمييز لصغر في السن ، أو عته أو جنون " ، و المادة ٤٣ من نفس القانون : " ... و كل من بلغ سن الرشد ، و كان سفيها أو معتوها يكون ناقصا للأهلية .... "
٣- علي علي سليمان : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري – الطبعـة الثالثـة – ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون – الجزائر ١٩٩٣ ، ص ٤٩ .

أما السفيه بالمعنى الواسع فيشمل الأمرين معا ، من هذا يتبين أن الـسفه و الغفلـة وصفان يتعلقان بالمال على أي حال ، و لا علاقة لهما بقدرة الإنسان على تقدير مصالحه في غير مجال المال ، و لما كان التصرف على الأعضاء البشرية هو من الأصل غيـر مالي ، فإنه لا أثر لهما على صحة التصرف الذي يصدر مـن الـسفيه ، و ذو الغفلـة ، و الحجز على أي منهما لهذا السبب لا يؤثر على أهميته في التصرف بأعضائه مـا دام كامل العقل ليس به جنون أو عته (١).

وقد منع القانون الفرنسي الاقتطاع من جسم عديم الأهليـة من أجـل التبـرع (٢) .

و الراشد عديم الأهلية يعد كائن ضعيف قابل للتأثر ، و عليـه يجـب علـى وليـه الشرعي التدخل فقط لمصلحته ، و ليس لهذا الراشد عديم الأهلية أي مـصلحة باقتطـاع عضوه لإنقاذ حياة شخص آخر، حيث أنـه لا يمكنـه الـشعور بالرضـاء الشخـصي و المعنـوي النـاتج عـن مبادرتـه الكريمـة ، و بالتـالي لا يمكـن للجراح اقتطاع عضو من راشد عديم الأهلية ، و إن حصل مع ذلك على موافقـة وليـه الـشرعي ، فعلـى خـلاف إبـرام التـصرفات القانونيـة التـي يـستطيع الـولي إعطـاء موافقـة عليهـا فإنـه لا يمكنـه الموافقـة على اقتطاع الأعضاء (٣) .

٢,٢. القصـــر :

إن رضاء القاصر أثار مشاكل و جدلا فقهيا حادا نتج عنه اتجاهين و هما :

أولا : جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء .
ثانيا : عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء .

فـالأول يـرخص بإخـضاع القاصـر كالراشـد لعمليـات نقـل الأعـضاء و لكـن بـشروط محـددة علـى سـبيل الحـصر ، أمـا الثـاني فيقـرر عـدم جـواز إخـضاع القاصـر إلـى أيـة عمليـة استئـصال مهما كان السبب ، و سنتطرق فيما يلي إلى تفصيل الاتجاهين كل على حدا :

١-د. سعاد ابراهيم صالح ، أحكام تصرفات السفيه في الشريعة الإسلامية ، جدة المملكة العربية السعودية ، سنة ١٩٨٤ ص ٢١ .
٢- القانون رقم ١١٨١/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٢ الذي يدعى بقانونCAILLLAVET و القانون المؤرخ في ١٩٩٤/٠٧/٢٩ .
٣- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٣١٢ .

٢,٢. ١. الاتجاه الأول : جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

استند أصحاب هذا الاتجاه لتبرير رأيهم لما استقر عليه القانون الطبي حاليا من ضرورة الاعتراف للقاصر المدرك بالأهلية المدنية الصحيحة أكثر اتساعا من تلك الممنوحة له في إطار القانون بصفة عامة(١).

و قد أخذ بهذا الاتجاه كل من التشريع الفرنسي و الدنماركي و البرازيلي ، و تشريع الولايات المتحدة الأمريكية .

و تختلف نطاق الأهلية الممنوحة للقصر من تشريع إلى آخر .

<u>* ففي القانون الفرنسي :</u>

نصت المادة ٢ فقرة ١ من القانون المسمى CAILLAVET تحت رقم ١١٨١/٧٦ الصادر بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٢٢ الخاص بعمليات نقل و زرع الأعضاء على ما يلي : " **إذا كان المتنازل قاصرا فإن الاستئصال لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الأمر يتعلق بعلاج شقيقه أو شقيقته ، و في هذه الحالة فإن الاستئصال لا يتم إلا برضاء الممثل القانوني أو موافقة لجنة الخبراء** " (٢) .

يتضح من خلال ما تقدم أن القانون الفرنسي لم يأخذ في هذه الحالة بقبول المتنازل إلا أنه يطالب بالحصول على رضاء ممثله القانوني إذا كانت عملية الزرع ستتم لشقيقه أو شقيقته .

و قد نص القانون الفرنسي في المرسوم التنفيذي رقم ٧٨/٨٠١ (٣) على شروط لا بد من توافرها للإمكان استئصال العضو من جسم القاصر و هذه الشروط هي :

١/ أن يكون المتنازل القاصر أخا أو أختا للمتلقي .
٢/ الحصول على موافقة الممثل القانوني .

٣/ الحصول على موافقة لجنة الخبراء (٤) ، و التي تنحصر مهمتهـا فـي تبـصير القاصر بجميع النتائج التي تترتب على عملية الاستئصال.

١- د . ماروك نصر الدين ، زرع الأعضاء البشرية في الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري، دراسـة مقارنـة ، رسالة ماجستير لسنة ١٩٩٣ ، صفحة ١٥٦ .

2- JEAN DE SAVIGNY , Le guide juridique de prélèvement d'organes, Assistance publique hôpitaux de PARIS , page 41.

٣- المرسوم التنفيذي رقم ٧٨/٨٠١ المؤرخ في ١٩٧٨/٠٣/٣١ المتعلق باستئصال الأعضاء البشرية .

٤- تتشكل لجنة الخبراء من ثلاث خبراء على الأقل أو إثنين من الأطباء كان لأحدهما من ممارسة مهنة الطب مـدة لا تقل عن ٢٠ عاما .

٤/ سماع اللجنة للقاصر إذا كان قادرا على التعبير عن نفـسه و مـدركا للنتـائج المترتبة عن عملية الاستئصال .

و إذا كان القاصر مميزا و اقترب من سن الرشد المتمثل في القانون الفرنسي فـي ١٨ سنة فإنه يعتد بالرضاء الصادر منه وحده و لا يكون رضاء ممثله إلا علـى سـبيل الاحتياط (١) .

☆ **في القانون الدنماركي :**

قررت المشرع الدنمركي في المادة ١ من القانون الدنماركي الصادر سنة ١٩٦٧ ما يلـي : **" يـصدر الرضـا مـن شـخص بـالغ ٢١ سـنة و إذا وجـدت أسـباب خاصـة للتـدخل الجراحـي يمكـن مباشـرته بنـاءا علـى الرضـا الـصادر ممن هو أقـل مـن ٢١ سـنة بـشرط موافقـة الـولي أو الوصـي علـى ذلـك " ،** و هكـذا يمـنح هـذا التـشريع للقاصـر الأهليـة إذا وجـدت أسـباب خاصـة كمـا فـي حالـة نقـل كليـة منـه إلـى أخيـه المـصاب بفـشل كلـوي ، و بشرط رضاء الولي على هذه العملية (٢).

☆ **التشريع الأمريكي :**

يأخـذ المـشرع الأمريكـي برضـاء القاصـر فـي مجـال زراعـة الأعـضاء البـشرية إذا كـان قـد بلـغ سـن الإدراك المتمثـل فـي ١٤ سـنة ، و بـشرط الحـصول علـى موافقـة ممثلـه الـشرعي ، و فـي حالـة رفـض هذا الأخيـر الـسماح للمتنـازل القاصـر بالتنـازل عـن عـضو مـن أعـضائه ، فإنـه يجـب اللجـوء إلـى المحكمـة التابعـة لهـا محـل إقامـة القاصر للحـصول علـى موافقتهـا ، بعـد أن تقـدر بـدورها الفوائـد و المخـاطر المترتبة على إجراء العملية .

٢,٢,٢. الاتجاه الثاني : عدم جواز إخضاع القاصر لعمليات نقل الأعضاء

يستند أصحاب هذا الرأي إلى حجة مؤداها أنه إذا كانت التصرفات المالية للقاصر المميز يعترف بصحتها عندما تكون نافعة نفعا محضا له ، فان هذه التصرفات تكون باطلة متى كانت ضارة ضررا محضا له .

١- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دار النهضة العربية ١٩٨٦، صفحة ٨١ .
٢- د.حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين الشمس ١٩٧٥ ، صفحة ١١٩ .

فما هو الحال بالنسبة لتنازل القاصر عن جزء من جسمه ، التصرف الذي لا يعود عليه بأي مصلحة بل على العكس يمكن أن يعرضه لمخاطر جسمية قد تؤثر على حياته أو صحته .

فالقاصر حسب أصحاب هذا الرأي لا يملك حق التصرف في جسمه ، كما أنه لا يجوز بالاعتداء بالرضاء الصادر عن من ينوبه قانونا لأنه لا يوجد من يمثله في هذا المجال ، لأن فكرة النيابة القانونية للولي تقوم على أساس مراعاة مصلحة القاصر، و استئصال عضو من جسمه لا ينطوي على أدنى منفعة له ، و من تم تخرج تماما عن حدود هذه الولاية كما أن حجة تنازل أخ لأخيه أو لأخته صعب الأخذ بها في الواقع ، لأنه لا يمكن تصور أو قبول أن يمارس أحد الوالدين سلطته لحماية أحد أبنائه على صحة ابن آخر .

و يأخذ بهذا الاتجاه بعض القوانين كالقانون الكويتي ، القانون اللبناني ، القانون التشيكي ، التشريع اليوغزلافي و القانون الجزائري .

<u>ففي التشريع الكويتي :</u>

تنص المادة ٣ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ سالفة الذكر على أنه : " **... و في جميع الأحوال يشترط أن يقل سن المتبرع أو الموصى عن ثماني عشر سنوات ميلادية ....** " (١).

☆ **<u>أما التشريع التشيكي :</u>**

تنص المادة ٨ من القانون المدني على أن : " **... يتحدد سن الرشد ببلوغ الشخص ١٨ سنة ميلادية من عمره ، و لا يستطيع القاصر أن يعبر عن أي رضاء صحيح ...** " ، و يذهب الرأي الغالب في الفقه التشكي إلى عدم جواز الاعتداء برضاء الممثل الشرعي نيابة عن القاصر في عمليات استئصال الأعضاء نظرا لطابعها الشخصي البحت .

☆ **التشريع اليوغزلافي :**

هذا التشريع (٢) يستبعد في مادته ٢ رضاء القاصر أو ممثله الشرعي في مجـال عمليات استئصال الأعضاء بسبب طابعها الخاص .

- -

١- و هو نفس ما ذهب إليه التشريع اللبناني في المادة ١ من المرسوم الاشتراكي

٢- التشريع اليوغزلافي الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٠٦/١٥ .

☆ **القانون الجزائري :**

نجد رأي المشرع الجزائري حول هذا الموضوع في نص المادة ١٦٣ فقرة ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها(١) التي تنص على ما يلي : " **يمنع القيام بانتزاع الأعـضاء من القصر ، فالمشرع الجزائري يمنع خضوع القاصر لعمليات استئـصال الأعـضاء مـن جسمه، و لا يعتد بالرضاء الصادر منه ، و لا ممن يمثلهم قانونا** ".

و منه نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه الثاني و هو الاتجاه الملائـم ، لأن استبعاد القاصر من عمليات استئصال الأعضاء يجعله في مـأمن مـن أن يقـع تحـت تأثيرات أدبية أو معنوية ، إذ ما هو معروف عن القاصر أنه ليست لـه الملكـات الذهنيـة الكاملة لإدراك عواقب ما هو مقبل عليه ، أما بالنسبة لاستبعاد المشرع للـولي ، الوصـي و القيم من مجال تمثيل القاصر في مثل هذه التصرفات ، فمرده هنا إلى اعتبـار التعامـل بجسم القاصر خارجا عن دائرة المعاملات المالية ، فإذا كان الممثل القانوني يتـولى إدارة أموال القاصر بما يعود عليه بفائدة فإن رضاء الممثل القانوني هنا باستئصال عضو من جسم القاصر بغرض زرعه للآخر، سواء كان لشقيقه أو للغير، مرفـوض فـي نظـر المـشرع الجزائري ، خاصة و أننا ندرك بأن لا منفعة علاجية تعود على القاصـر فـي مثـل هـذه العمليات بل بالعكس يمكن أن يسبب له مخاطر ، و هذا الاستئصال أعتبر مصدر خطر كبير يهدد حياته ، لذا استبعده بنص صريح لا يقبل أي مجال للتفسير ، القياس أو التأويل (٢).

٢,٢. ٣. المعتقلين و المحكومين و سجناء الحرب

هل يستطيع الشخص المحروم من حريته الجسدية الموافقة قانونـا علـى اقتطـاع الأعضاء من جسمه ؟ .

بما أن رضاء المتبرع يجب أن يعبر عنه بكامل حريته ، فـإن رضـاء المحبـوس و المحكوم عليه بالإعدام باستئصال عضو من أعضائه ليس صحيحا قانونا ، لأن المـرء قد يحاول بشكل غير مباشر لفت انتباه السلطة الحكومية نحوه للحصول على مكافآت ، أو

لإنقاص من العقوبة ، أو على مزايا أخرى استثنائية و بالمقابل يمكن للمرء التساؤل فيما إذا كانت هذه الموافقة انتزعت تحت سلطات الخوف ، أو تحت الضغط بمنحه بعض المزايا ؟ (٣)

١- المادة ١٦٣ /١ من القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ و المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها .
٢- نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٦١ .
٣- د.أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

فحسب هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري منع المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المدنية أثناء تنفيذ عقوبته ، و منه فهو غير أهل لمباشرة بقية التصرفات ، و خاصة تلك المتعلقة بصحته و سلامة جسمه ، بالإضافة إلى أن الحالة النفسية التي تصاحب السجين داخل السجن من شأنها أن تعيب إرادته .

و قد عبر البروفيسور R.P.RIQUET في المؤتمر الخاص بحياد الطب ، الذي عقد في روما شهر أفريل ١٩٨٦ ، عن خشية من أنه لو سمح للمسجون باقتطاع عضو من أعضاءه فإن بعض الجهات التي يتبعها هذا المسجون ستقوم بإنشاء بنوك للأعضاء البشرية(١).

كما انتقد البروفيسور WERNER FORSMAM الحائز على جائزة نوبل في الطب سنة ١٩٦٥ زميله الدكتور BERNARD مذكرا إياه بأن المحكمة العسكرية لنوربورغ قد قضت بعقوبة الإعدام على البروفيسور KARL لاقترافه جرائم ضد الإنسانية ، بسبب استخدام عظام و رباط مساجين في صحة جيدة من أجل تجارب نقل و زرع الأعضاء دون موافقة ذوي الشأن (٢).

و على ذلك فإن المشروع المقدم إلى المؤتمر الدولي لحياد الطب و الخاص بمشروعية نقل و زرع الأعضاء في زمن الحرب ، قد منع منعا مطلقا استئصال الأعضاء من الأشخاص المحبوسين ، أو الخاضعين لسيطرة قوة أجنبية ، أو معادية لمصلحة رعاياها ، أو الموالين لها ، كما منع استئصال أي عضو من شخص مسلوب الحرية خاضع للتمييز العنصري .

و قد صاغت لائحة قسم الصحة التعليمية و الرفاهية في الولايات المتحدة الأمريكية مضمون هذا الالتزام بقولها : " ينبغي أن يصدر الرضاء من شخص في حالة تسمح بالتعبير عن إرادته الحرة و أن لا يكون ضحية مؤثر، أو أي شكل من أشكال القوة، أو التدليس ، أو الغش ، أو الكره ".

لكن هل يمكن أن يكون هذا الرأي جازما فيما يتعلق بالموقوفين الخاضعين للقانون العام ؟ ، أمن الواجب أن ننزع من هذه الفئة أي إمكانية لإصلاح أنفسهم شخصيا من خلال شعورهم بفائدتهم الاجتماعية ؟

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٣٢٣ .
٢- في القرن الثالث قبل الميلاد ، كان ملوك الفرس يعهدون بالمحكوم عليه بالإعدام إلى الأطباء لتشريحهم أحياءا كما كانت الإبر الصينية يتم تجيبها على المساجين الذين كانوا يشرحون أحياءا ، و كانت كليوباترا ملكة مصر تجرب مختلف أنواع السموم على عبيدها ، و في فرنسا كان شارل السابع يتحقق من مفعول السم بعد تجربته على المحكوم عليهم .

إن هذا ليس مؤكدا لأنه لا يوجد أي سبب مقبول لمنع هؤلاء المحكومين ، أو الموقوفين من الخضوع لاقتطاع الأعضاء لإنقاذ أحد أفراد عائلتهم ، و يجب أن نلاحظ الحذر الكبير فيما يخص حرية قرار المحكوم ، فيجب ألا يكون سبب الموافقة أي وعد ، أو تهديد (١) و يؤكد R. DIERKENS على أنه : " يجب أن نرفض كليا أي تعويض مهما كانت طبيعته كمنح حرية مسبقة ، أو تخصيص مزايا معينة ، أو تعويض مادي " (٢).

و يمكن تبرير ذلك بأن المحكوم هو في الواقع كائن بشري ، و رغم حرمانه من الحرية إلا أن شعور الطيبة ، و المحبة ، و الكرم يمكن أن يدفعه للتبرع بأحد أعضائه، و من جهة أخرى ، تتوافق سياسة الإصلاح الاجتماعي مع هذا الرأي إذا كان هدف العقوبة حاليا هو إعادة إدماج مرتكب الجنحة مع المجتمع ، و في عام ١٩٦١ رغب J.L. ESTINGOY الذي كان محكوما عليه بالإعدام بالتبرع بجسمه للعلم لفائدة البشرية، فاقتطعت كليته ثم زرعت عند مريضين كانا يعانيان من قصور كلوي (٣) .

و نشير كذلك إلى أن وزير العدل الفرنسي سمح منذ أكثر من ٢٠ سنة تقريبا لأحد الموقوفين ، و الذي كان يبلغ من العمر ٣٢ سنة ، و كان محكوما بعشرين سنة سجنا مع الأشغال الشاقة ، بالتخلي عن كليته لشقيقه الحي الذي كان يعاني من قصور كلوي ، و لكن بعد الفحوصات الطبية تبين عدم التوافق بينهما .

و قد سمح القانون الفرنسي المؤرخ في ٢٩ جويلية ١٩٩٤ (٤) الموقوف الخاضع للقانون العام بالتخلي عن أحد أعضائه لمصلحة أحد أفراد عائلته الذي لا يمكن أن يكون إلا أب أو أم ، إبن أو بنت ، أخ أو أخت المتبرع .

و لكن قد يطرح أيضا السؤال المتمثل في هل يمكن في بعض الحالات اقتطاع الأعضاء بشكل إجباري من شخص ما للتكفير عن أحد أخطائه ؟

٢,٢. ٤. الاقتطاع الإجباري للأعضاء

إذا ارتكب مثلا سائق سيارة خطأ كبير أثناء القيادة ، فسبب حادثا جرح به شخـصا بشكل خطير مما يؤدي إلى استئصال كليته ، فهل نستطيع إجبار هذا السائق المخطئ على استئصال كليته و التبرع بها لإنقاذ ضحيته ؟

١- د.أحمد عبد الدائم ، رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ، صفحة ٣٢٣ .

2- R. DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966 , page 127.

٣- د.أحمد عبد الدائم ، رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ، صفحة ٣٢٣ .

٤- القانون رقم ٩٤/٦٥٤ المؤرخ في ٠٧/٢٩/ ، ١٩٩٤ المتضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي .

و قد كتب أيضا M.SAINT. PLANCAT أنه إذا أطلق أحد الأشرار عدة طلقات مـن بارودة على شرطي فأصابه في كليته ، و لم يعد من الممكن إنقاذه إلا باللجوء إلـى زرع الأعضاء ، هنا يتساءل المؤلف ، لماذا يسمح القانون بإعدام الجاني بالمقصلة في حين أنه يدافع عن اقتطاع كليته لإنقاذ ضحيته ... ؟ [١].

و قد سمح قانون الفرنسي رقم ٦١٤/ ٥٤ المؤرخ في ١٤ أفريل ١٩٥٤ بالحـصول تحت طائلة السجن على دم الشباب المنتمين لبعض الفئات التي لم تؤد الخدمة الإلزامية ، و قد كانت حالة الجيش و الصحة العامة هي سبب هذا الاقتطاع ، و يمكن للمرء أيـضا أن يتخيل وجود التزام بالتبرع بالدم من أجل الحوادث الأخرى تطبيقا لنـصوص قـانون العقوبات المتعلقة بإهمال تقديم المساعدة لشخص في خطر ، و قد أيد هذا الفقيه الألمـاني KARL ENGISH ، حيث ذكر أن ضرورة الحصول على موافقة المتبرع لم تعد موضـوع نقاش بالنسبة لخطورة الحالة و لواجب الطبيب بإنقاذ المستفيد من نقل الدم بـأي ثمـن ، حيـث حياتـه فـي خطـر ، و حيـث يوجـد قرابـة وثيقـة مـع المتبـرع الـذي يعارض الاقتطاع [٢] .

أما الفقيه P.J.DOLL فإنه يعتقد أنه لا يمكن أبـدا إجبـار مرتكـب الفعـل الـضار بالتعويض عن خطأه من خلال خضوعه لعمل جراحي ، و رغم أن الفقيه P.J.DOLL لـم يشرح رفضه إجبار مرتكب الفعل الضار بالتعويض عن طريق خضوعه لعمل جراحي، إلا أن المنطق و البداهة يفرضان ذلك الموقف .

٣. أن يكون الرضا بدون مقابل

بالإضافة إلى ميزة حرية رضاء المتبرع ، من ميزات رضاء المتبـرع أن يكـون بدون مقابل و هذا ما جاء في نص المادة ١٦١ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تنص على ما يلي : **<< و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البـشرية و لا زرعها موضوع معاملات مالية >> ، و** التـي استبعـد فيـها المشـرع الجزائري المقابل المادي في مجال زراعة الأعضاء البشرية و ذلك لأن جسم الإنسـان أغلى من أن يقوم بمال ، و لأن القيم الإنسانية تسمو على المال ، و لما كان الحب هـو أسـمى هـذه القيم ، فان الإنسان يستطيع بدافع الحب أن يتنازل عن عضو من أعضائه لشخص آخر[٣].

كما يرى الفقيه SAVATIER في هذا الصدد : << إن التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان كالدم أو الأعضاء يجب أن يكون تبرعا ، و لهذا لا يجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء جسمه شخصا معروفا ، بمعنى أنه لا يجب أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو أعضاء الجسم >>(٤).

----

١ ، ٢ - ذكر في : د.أحمد عبد الدائم ، رسالة دكتوراه ، المرجع السابق ، صفحة ٣٢٣ ، ٣٢٤ .
٣- نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٢٧ .
٤- ذكر في : د.نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، صفحة ١٢٣ .

و معظم التشريعات التي تناولت عمليات نقل و زرع الأعضاء أقرت بمبدأ التنازل بدون مقابل ، فنجد القانون الصحة العمومية الفرنسي رقم ٩٤/ ٦٥٤ يمنع تعويض المتبرعين ، إذ جاء فيه : **<< لا يعطى للمتبرع أي عوض من أي شكل كان مقابل التبرع بأعضاء جسمه >> .**

كما أنه لتفادي أي اتجار بالأعضاء ، جاءت المادة ٦٦٥ـ١٢ من قانون الصحة العمومية الفرنسي تمنع كذلك الاشهار لصالح التبرع بالأعضاء لشخص ، مؤسسة أو منظمة معينة ، لكنها تحث على إعلام الجمهور في مجال زراعة الأعضاء البشرية و هذا حتى تزيد نسبة التبرعات في هذا المجال ، و يتم هذا الإعلام تحت مسؤولية وزارة الصحة ، و بالرجوع للقانون الجزائري لا نجد في نصوصه ما يمنع الإشهار لصالح التبرع بالأعضاء ، و هذا يعد فراغ قانوني يجب التطرق إليه ، إذ سكوت المشرع الجزائري في هذا المجال متناقض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة ١٦١ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي يرى أن التبرع بالأعضاء يكون بدون عوض ، و هذا ما نتج عنه ظاهرة نشر إعلانات في الجزائر في جريدة المساء مفادها استعداد أشخاص لبيع أعضاء من أجسامهم (١).

لكن إذا كان الأصل هو عدم جواز التصرف بمقابل مادي في أجزاء جسم الإنسان، هذا لا يمنع أن يقدم له مقابل معنوي متمثل في شرف إنقاذ حياة إنسانية ، و ذلك عن طريق منحه بعض المزايا الاجتماعية تعويضا لما أصاب المتبرع من أضرار و أخطار.

أما الأضرار فهي تتمثل في فقد أجر عمله أثناء القيام بالعملية أو انتقاص قوته الجسدية ، و ضرر أدبي يتمثل في إحساسه بفقد أحد أعضائه و بصفة عامة كل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب (٢).

و يمكن أن يمنح المعطي تعويض في مقابل هذه الأضرار ، مع ملاحظة أن التعويض يقصد به التخفيف من هذه الأضرار فقط و ليس مقابل العضو في ذاته ، و هذا ما أخذ به قانون بنوك الدم المصري رقم ١٧٨ / ٦٠ الذي ينص على تعويض المعطي ،

و من الملاحظ أن دفع هذا التعويض للمتبرع لا يقلل من كون تصرفه تبرعا إذ أن الجهة التي تدفع هذا التعويض ليست طرفا في التصرف (٣).

١- جريدة المساء ليوم الأحد ١٩٩٠/١٢/٠٢ و الأربعاء ١٩٩٠/١٢/١٩ .
٢- د. عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .
٣- تنص المادة ٥ من القانون الإيطالي على ضرورة تأمين المتنازل ضد كافة الأخطار المالية و المستقبلية المرتبطة بالعملية و ما يصحبها من ضعف جسدي .

أما الأخطار فيمكن أن تغطي بالتأمين ، و على كل مستشفى مصرح فيه بـإجراء عمليات اقتطاع الأعضاء أن يبرم تأمينا خاص يغطي أخطار الاقتطاع .

و هذا الالتزام بإبرام تأمين هو التزام قانوني يجب أن يفرضه القانون (١) ، و ليس التزام اتفاقيا ينشئ عن أطراف عملية زرع الأعضاء ، و هذا حتى لا يؤثر على الصيغة التبرعية لهذه العملية(٢) .

بالإضافة إلى المزايا السالفة الذكر يمكن منح المتبرع مزايا اجتماعية أخرى تعتبر حافزا له ، كمنحه دبلوما أو وسام استحقاق أو شهادة تقديرية أو ميدالية ، بل و ليس هناك ما يمنع من منحه معونة مالية لتحسين نظامه الغذائي (٣) .

إلا أن القانون الجزائري ، و مع الأسف ، لم ينص على مثل هذه المزايا التي مـن شأنها أن تثير روح التبرع في وسط الناس فيقبلون على التبرع بأعـضاء مـن جـسمهم مطمئنين عن حياتهم سواء الاجتماعية أو المهنية أو النفسية بعد عملية استئصال العـضو منهم .

كما أنه يطرح في هذا المجال التساؤل التالي :

هل يجوز لصاحب العضو المستأصل قبول تبرع من المستفيد من نقل العـضو ، يريد به هذا الأخير التعبير عن الاعتراف بالجميل ؟

إن إباحة قبول التبرع من المستفيد تلقي المعارضة ، و ذلك سـدا للـذرائع إذ أن الإباحة يمكن أن تستخدم كأداة للتحايل على تحريم أخذ مقابل للتبرع بالعضو البشري .

و هذا ما عبرت عنه الفقرة ٧ من قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة فـي مـؤتمره الرابع المنعقد في الفترة من ٦ ـ ١١ فبراير١٩٨٦ بقولها: << و ينبغـي ملاحظـة أن الاتفاق على جواز نقل العضو في الحالات التي تم بيانها ، مشروط بـأن لا يـتم ذلـك بواسطة بيع العضو إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال ما >> (٤) .

- -

١- د. أحمد شرف الدين ، مقال دراسة الأعضاء و القانون ، مجلة الحقوق و الشريعة الإسلامية سنة ١ عدد ٢ يوليـو ١٩٧٧ صفحة ١٦٧ ، ١٦٨ .
٢- د . حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زراعة الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين الشمس ١٩٧٥ ،صفحة ١٣١ .
٣- أنظر : د. عمر أبو خطوة ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .
٤- د .جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربيـة المتحـدة ، مجلـة المجلـس الإسلامي الأعلى العدد ٢ سنة ١٩٩٩ صفحة ٣٩ .

الفرع الثاني :
صور تعبير المتبرع بالعضو عن إرادته

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها ، و بالخصوص إلى نص المادة ١٦٢ فقرة ٢ منه نجدها تنص على ما يلي : **<< .... و تشترط الموافقـة الكتابيـة علـى المتبرع بأحد أعضائه ، و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين ، و تـودع لـدى مدير المؤسسة و الطبيب لدى رئيس المصلحة ......>> .**

من هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يترك المتبرع حرا في التعبيـر عن إرادته ، بل وضع شكلا معينا يتم من خلاله هذا التعبير ، و هذا عن طريـق وضـع شروط تتمثل فيما يلي:

١ـ أن يكون التعبير عن رضاء المتبرع كتابيا .
٢ـ أن يكون التعبير عن الرضاء بحضور شاهدين .
٣ـ إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة .

و سنتطرق فيما يلي إلى كل شرط على حد :

١.الشكل الكتابي لرضاء المتبرع :

المادة ٢/١٦٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها جاءت صريحة باشتراط على من يتبرع بعضو من أعضائه أن تتم موافقة على ذلك بشكل كتابي ، و هذا لمزيد من الحماية للمتبرع ، فبذلك أراد المشرع تنبيه المتبرع على مدى خطورة التصرف الذي سيقدم عليه، و يعطيه الوقت الكافي لإصدار رضائه بعد تفكير و تروي ، و هذا ما يكفل له الحماية في عدم تعرضه لأي ضغط أو إكراه قد يجعل إرادته معيبة(١).

٢. حضور شاهدين :

بالإضافة إلى الشرط السالف الذكر المتعلق بالشكل الكتابي للرضاء ، اشترط المشرع الجزائري في نفس الفقرة من المادة ١٦٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها أن يكون تعبير المتبرع عن رضاءه بحضور شاهدين ، وهذا ضمان آخر يوفر مزيد من الحماية للمتبرع .

----

١ - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

فالشخص بمفرده يمكن أن ينساق وراء أهوائه و يتسرع في إعطاء موافقته متأثرا ببعض الظروف المحيطة به ، لكن وجود شاهدين قد يقلل من تسرعه و تأثره ، فلهما دور كبير في تبصير المتنازل " المتبرع " و إرشاده بإعطائه نصائح في هذا المجال ، فيأخذ وقته في التفكير قبل اتخاذ قراره (١).

٣. إيداع موافقة المتبرع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة :

فقد اشترط المشرع كذلك بالإضافة للشرطين السابقين أن تودع الموافقة الكتابية للمتبرع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة ، وهذا حتى ما إذا أراد المتبرع العدول عن رضائه يمكنه ذلك (٢).

يستخلص من المادة السالفة الذكر، أن المشرع يستلزم إفراغ إرادة المتبرع في شكل خاص معين ، لكن هل الشكلية هنا للوجود أو لمجرد الإثبات ؟

من الواضح أن لهذا السؤال آثار عملية ، في حالة وجود رضاء لم يأخذ الشكل المطلوب ، و رجع المتبرع عن رضائه بعد تمام استئصال العضو .

- فإذا قلنا أن الشكل مطلوب لوجود الرضاء ، كان معنى ذلك أن الرضاء لا يعد قائما ، بحيث يكون من حق المتبرع أن يرجع في رضائه الذي لم يستوفي الشكل ، و أن يطلب عدم زرع العضو للشخص الذي استئصال من أجله ، و إعادة زرعه في مكانه الذي استأصل منه (٣).

- أما إذا كان للإثبات فقط ، فانه يكفي التأكد من قيام رضاء شفهي أو مكتوب ، و غير موقع من شاهدين كاملي الأهلية عن طريق اليمين أو الإقرار، للقول بعدم جواز الرجوع بعد تاريخ الاستئصال بحيث يكون منتجا لأثره في إباحة زرع العضو في جسم من استأصل من أجله ، و حرمان من استأصل منه من استرداده (٤).

و من ناحية أخرى ، فللإجابة على هذا السؤال أهمية عملية في تقرير مسؤولية الطبيب ، الذي يجري الاستقطاع بناءا على إذن لم يستوف الشكل المطلوب، أو تقرير عدم مسؤولياته .

و يرى الدكتور جاسم على سالم الشامسي أن الشكل هنا مطلوب لوجود الرضاء ذاته، إذ أن المشرع قد قصد تحقيق غرضين :

١، ٢ - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .
٣، ٤ - د .جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد ٢ سنة ١٩٩٩ صفحة ٤٦ ، ٤٧ .

الأول : هو قطع كل خلاف حول وجود الرضاء أو عدم وجوده .
الثاني : هو تنبيه المتبرع إلى خطورة الوعد الذي يقطعه على نفسه ، خاصة و أن إجراء العملية يتم عادة عقب اتخاذ الشكل المطلوب .

و كأن المشرع قد جعل الرضاء غير المكتوب بلا أثر ، بحيث يتاح للمتبرع فرصة أوفى للتدبير و التروي ، فإذا أقدم على كتابة الرضا ، و التوقيع عليه و الإشهار عليه ، و تمت عملية الاستئصال انقطع أمامه سبيل الرجوع (١).

كما يرى الدكتور جاسم على سالم الشامسي أن التصرف في الأعضاء البشرية ليس تصرفا شكليا فحسب بل هو أيضا تصرف عيني في الوقت ذاته (٢).

فالمعلوم أن العقود العينية هي التي لا يكفي لانعقادها مجرد الرضاء ، و إنما يلزم فوق ذلك القيام بعمل معين ، هو في الغالب تسليم المعقود عليه ، و العمل المطلوب القيام به لانعقاد تصرف صاحب العضو فيه ، هو استئصال العضو الذي تم الاتفاق على نقله من المتصرف إلى المتصرف إليه .

و يتضح من هذا كله أن خطورة أثر التصرف في الأعضاء البشرية على صاحبها يؤدي إلى عدم الاكتفاء فيه بالرضائية ، فيستلزم فيه أمرين لم يسبق جمعهما في عقد واحد، هما الشكلية و العينية .

فالمعهود في العقود غير الرضائية أن تكون إما شكلية و إما عينية لكن التصرف في الأعضاء البشرية يخالف هذه القاعدة ، فلا بد لقيامه من ثلاثة أمور في الوقت واحد، **أولها :** هو إرادة المتصرف ، **و الثاني :** هو الشكل الكتابي ، **و الثالث :** هو اتباع الشكل الكتابي باستئصال العضو ، الذي يعد تسليما للعضو .

و الشكلية و العينية لا بد أن تتابعان على النحو السالف الذكر ، فلا بد من الشكلية أولا، بحيث لا يجوز الاستئصال قبل تمامها ، و لا بد من أن يتم الاستئصال حتى ينعقد التصرف و يصير ملزما للمتصرف .

١- د .جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربيـة المتحـدة ، مجلـة المجلـس الإسلامي الأعلى العدد ٢ سنة ١٩٩٩ صفحة ٤٦ ، ٤٧ .
٢- قارن مع مرجع الدكتور حسام الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء ، مطبعـة جامعـة عين الشمس سنة ١٩٧٥ ، صفحة ١٤٣ و ما يليها ، الذي يرى أن تصرف المعطي يكون ملزما له بمجرد انعقـاده أي بمجرد تمام التعبير عن الارادة على النحو الذي يطلبه القانون ، و رغم حق المتصرف في الرجوع لكن لا يمكن إجبار المتصرف على تنفيذ التزامه عينا ، و إنما هناك محل للتنفيذ بطريق التعويض أما وفقا لرأي الدكتور جاسم علي سـالم الشامسي في المرجع السابق صفحة ٤٧٤ يرى أن التصرف لا يكون ملزما من الأصل الا بتمام الاستئصال، و لـذلك فلا يكون هناك محلا للتعويض .

و مادام لم يتم فانه يكون للمتصرف أن يرجع في تصرفه ، بحيث تكون موافقته أو رضاه السابق كأن لم يكن(١).

هذا ما جاء في التشريع الجزائري حول التعبير عـن رضـاء المتبـرع بعمليـة استئصال عضو من أعضائه أما التشريعات الأخرى نجـد معظمهـا يـساير التـشريع الجزائري فيما يخص اشتراط الشكل الكتابي مع اختلافهم فيما يخص الشرطين الآخرين.

*** ففي القانون الفرنسي :**

بهدف ضمان صحة و حرية رضاء المتبرع اشترط المشرع الفرنسي في رضـاء المتبرع شكلية معينة ، فقد فرق بين رضاء المتبرع في حالة استئصال عضو غير متجدد منه ، و رضاءه في حالة استئصال عضو متجدد منه .

فجـاءت المـادة ٢ فقـرة ١ مـن المرسـوم رقـم ٧٨/ ٥٠١ المـؤرخ فـي ٣١/ ١٩٧٨/٠٣ أنه إذا كان العضو المتبرع به غير متجدد مثل : الكلية ، الرئـة ، فـان التعبير عن رضاء المتبرع يكون أمام رئيس المحكمة الابتدائية التي يقـع فـي دائرتهـا موطن المتبرع ، أو أمام قاضي يعينه رئيس المحكمة ، و على هذا الرئيس التوقيع علـى الوثيقة المثبتة للرضاء بعد تأكده من تطابق هذا الرضاء مع القواعد الشرعية و من توقيع الرضاء من المتبرع ، و يرسلها بعد ذلك إلى مدير المؤسسة الاستشفائية التي سيتم فيهـا عملية الاستئصال و تحفظ النسخة الأصلية لدى قلم كاتب الضبط (٢) .

أما المادة ١ فقرة ٢ من نفس المرسوم السالف الذكر ، جاء فيها أنه إذا كان العضو المتبرع به من الأعضاء المتجددة فان رضاء المتبرع يكون في شكل كتابي موقـع منـه و من شاهد يختاره المتبرع ، و تودع هذه الوثيقة لدى مـدير المؤسـسة الاستـشفائية ، و بذلك نجد أن هذه المادة تساير ما جاء في التشريع الجزائري فيما عدا عدد الـشهود ، غير أن المشرع الجزائري في شروطه لم يفرق بين الأعضاء المتجددة و غير المتجددة .

١- د .جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون الإمارات العربية المتحدة ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد ٢ سنة ١٩٩٩ صفحة ٤٨ .

2- JEAN DE SAVIGNY, Guide juridique des prélèvements d'organes , Assistance publique, Hôpitaux de PARIS, août 1985, page 41 .

لكن بعد صدور القانون رقم ٩٤/ ٦٥٤ (١) الذي ألغى القانون رقم ٧٦/ ١١٨١ (٢) و كل المراسيم التي جاءت لتكملته مثل المرسوم رقم ٧٨ / ٥٠١ ، فان هـذا القـانون لا يميز في شرطه ، أن يكون الرضاء أمام رئيس المحكمـة الابتدائيـة ، بـين الأعـضاء المتجددة و غير المتجددة ، بل يأخذ بهذا الشرط في الحالتين .

*** القانون المصري :**

بالنسبة للتشريع المصري ، جاء في المادة ٣ من القانون رقم ١٠٣/ ٦٢ الخاص ببنك العيون (٣) على اشتراط إقرار كتابي من المتبرع .

*** القانون الكويتي :**

ساير هذا التشريع ما جاء في التشريع المـصري ففـي المـادة ٣ مـن القـانون رقم ٧/ ١٩٨٣ الخاص بنقل الكلي (٤) نص كذلك على ضرورة الحـصول علـى إقـرار كتابي من المتبرع .

*** القانون الإماراتي :**

فقد جاء في المادة ٢ من قانون الاتحاد الإماراتي الخاص بنقل و زراعة الأعضاء في الإمارات العربية المتحدة (٥) على أنه يجوز للشخص أن يتبرع ، أو يوصـي بأحـد أعضاء جسمه و يشترط في المتبرع ، أو الموصي ، أن يكون كامـل الأهليـة قانونـا ، و يكون التبرع أو الوصية بموجب إقرار كتابي موقع عليه منه ، و يشهد عليه شـاهدان كاملان الأهلية .

الفرع الثالث :
محـل رضـاء المتبـرع

يتمثل محل رضاء المتبرع في العضو المراد استئصاله من جسم المتنازل لزرعه في جسم المتلقي ، و قد اختلفت التشريعات حول محل رضاء المتبرع كالتالي(٦) :

١- القانون رقم ٩٤/٦٥٤ المؤرخ في ١٩٩٤/٠٧/٢٩ المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي .
٢- القانون رقم ١١٨١/٧٦ المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٢ المسمى قانون CAILLAVET المتعلق بقانون الصحة العمومية الفرنسي .
٣-القانون المصري رقم ٦٢/١٧٨ المتعلق ببنك العيون .
٤-القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ .
٥-قانون الاتحاد الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ المتضمن قانون زراعة و نقل الأعضاء البشرية .
٦- نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١١١ ، ١١٢ .

* بعضها عينت محل رضاء المتبرع وحددته تحديدا دقيقا و ذاتيا بالإشارة إليه في نص صريح ، فاعتبرت هذه التشريعات عضو الكلية كمحل للرضاء ، و لعل سبب ذلك هو أن عملية نقل الكلى تعدت مرحلة التجربة و حققت نجاحا مقارنة مع عمليات نقل الأعضاء الأخرى ، و هذا راجع إلى التقدم الذي توصل إليه الطب في هذا المجال، و بذلك تكون هذه التشريعات قد أضافت شرط آخر للشروط السالفة الذكر و هو أن يكون الرضاء منصبا على عضو الكلية دون الأعضاء الأخرى ، و من هذه القوانين التي حصرت محل الرضاء في عضو الكلية :

- القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ المتعلق بعمليات نقل و زرع الكلى .
- القانون الإيطالي الصادر في ١٩٦٣/٠٧/٢٦ المتعلق بنقل الكلى .
- القانون العراقي رقم ٨١/٦٠ المتعلق بنقل الكلى .

* بينما بعض التشريعات اقتصرت تحديدها لمحل رضاء المتبرع في الأعضاء المزدوجة التي لا يحدث استئصال أحدها ضررا جسيما بالمتبرع ، إذ يعوضه العضو الثاني و يقوم بنفس وظائفه ، وقد حدد الأطباء هذه الأعضاء المزدوجة كالتالي : الكلى، الرئة ، قرينة العين ، بعض الجينات .

ومن القوانين التي حصرت محل الرضاء في الأعضاء المزدوجة :

- التشريع البرازيلي رقم ٥/٤٧٩ الصادر في ١٩٦٨/٠٨/١٨ في مادته ١٠.
- التشريع الأرجنتيني رقم ٢١٥٤١ لسنة ١٩٧٧ في مادته ١٢ .

* و البعض الآخر من التشريعات لم تحدد أي عضو من الأعضاء بل تركت للمتنازل الحرية في أن يتبرع بأي عضو لا يلحق استئصاله ضررا به و لا يعرضه لأي خطر جسيم .

ومن هذه التشريعات :

- القانون اليوغسلافي الصادر في ١٩٨٣ .
- القانون الفرنسي رقم ١١٨١ الصادر في ١٩٧٦/١٢/٢٢

- قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري ، فقد جاء في الفقرة ١ من المادة ١٦١ منه : **<< لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة إلا لأغراض علاجية >> .**

نلاحظ من هذه المادة عدم ذكر أو تحديد لأي عضو يكون كمحل لرضا المتبرع و بالتالي القانون الجزائري ساير الاتجاه الثالث السالف الذكر(١) .

١- نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١١٣ .

لكن ، هل هذه الحرية التي منحت للمتبرع في أن يتنازل عن أي عضو من أعضائه مطلقة أم يرد عليها حدود ؟

نجد الجواب على هذا السؤال في المادة ١٦٢ فقرة ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها(١) التي جاء فيها ما يلي : **<< لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ....>> .**

و بالتالي ، قيد المشرع الجزائري حرية المتبرع في التنازل على أعضائه في أن لا يهدد هذا التبرع حياة المتبرع بخطر ، و من ذلك يمكن أن نستنتج أن الأعضاء التي يمكن التنازل عنها هي الأعضاء المزدوجة فقط(٢)، إذ أن التنازل عن أحدهما لا يؤثر على حياة المتبرع نظرا لقيام العضو الآخر بنفس وظيفة العضو المستأصل .

و بذلك فان المتنازل لا يستطيع أن يحتج بعدم تحديد القانون الجزائري للأعضاء التي يمكن التنازل عنها ، و يتبرع بعضو غير مزدوج مثل القلب ، إذ استئصال مثل هذا العضو يؤدي إلى تعريض حياة المتبرع للخطر ، و قيام الطبيب بهذه العملية يرتب مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية و لا يعتد في هذه الحالة برضاء المتبرع .

الفرع الرابع :
عدول المتبرع عن رضائه

السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو : هل يجوز للمتبرع العدول عن رضائه ؟
بالرجوع لقانون الصحة و ترقيتها نجد أن المادة ١٦٢ فقرة أخيرة منها تنص على ما يلي: **<< .... يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة ......>> .**

نستنتج من هذه المادة جواز عدول المتبرع عن رضائه في أي وقت يريد ، و لو بلحظات قليلة قبل القيام بعملية الاستئصال ، دون أن تقوم عليه أية مسؤولية و لو أدبية

نحو مستقبل العضو أو عائلته ، إذ أن المتبرع قد يضطر لقبول قيامه بالعملية نظرا للضغوط المادية المقامة عليه كالتعويض عن عدوله ، لكن عدم تعويض المتبرع عن عدوله لا يعني إعفائه من التعويض عن النفقات و المصاريف التي تحملها المتلقي لاتمام العملية و ضاعت عليه نتيجة لعدول المتبرع .

١- المادة ١/١٦٢ من القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ ، المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها .
٢- أنظر : د. أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، الطبعة ٢ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية سنة ١٩٨٧ ، ص ٧١ .

و الهدف هنا هو حماية جسم المتنازل و عدم إمكانية المساس به إلا بناءا على رضاء حر متبصر إلى حين إجراء العملية ، و لا يكفي توافر الرضاء وقت التعاقد ، و هذا يعد خروجا عن القاعدة العامة و سبب ذلك هو الطبيعة الخاصة للتصرف الوارد على جسم الإنسان (١) .

و بعد أن درسنا عدول المتبرع عن رضائه في القانون الجزائري ، سنتطرق إليه في القوانين الأخرى :

<u>* القانون الفرنسي :</u>

جاء في المادة ٢ من المرسوم التنفيذي(٢) رقم ٨٠١/٧٨ المؤرخ في ١٩٧٨/٠٣/٣١ ما يلي: << **يجوز للمتنازل أن يعدل عن رضائه و بدون اتباع أي شكلية خاصة >>** ، نستنتج من هذه المادة أن القانون الفرنسي يجيز للمتبرع العدول عن رضائه في أي وقت و بدون شكلية و هذا حتى لا يصعب عليه العدول عن طريق شكليات تعرقله و تضغط عليه .

<u>* القانون الألماني :</u>

تنص المادة ٧ فقرة جـ من قانون ألمانيا الديمقراطية على ما يلي : **<< من حق المتنازل أن يسحب رضائه في أي لحظة أو في اللحظة السابقة على إجراء استئصال العضو و بدون أي سبب >> .**

<u>* القانون الأرجنتيني :</u>

تنص المادة ١٣ منه أن : **<< كل قرار بشأن هذه العملية يمكن إلغاؤه حتى لحظة إجراء العملية الجراحية ، متى كان لدى المتنازل القدرة على التعبير عن إرادته، و الرجوع في هذه الحالة لا يمكن أن يكون محلا لأي مطالبة مالية في هذا الخصوص >> .**

إذن كل من القانون الأرجنتيني و الألماني يمنحان للمتبرع حق العدول عن رضائه في أي وقت كان دون أي قيد أو شرط .

١- د . حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين الشمس ، سنة ١٩٧٥ صفحة ١٤٦ .
٢- المرسوم التنفيذي رقم ٧٨/٨٠١ المؤرخ في ١٩٧٨/٠٣/٣١ المتعلق بزراعة الأعضاء في فرنسا .

* القانون الإماراتي :

أما في الإمارات العربية المتحدة فقد جاء في المادة ٥ من القانون رقم ١٥ لـسنة ١٩٩٣ أنه : **<< يجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال ، أن يرجع في تبرعه في أي وقت دون قيد أو شرط ، و لا يجوز لمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه، بعد أن تبرع به وفقا للقانون >>** ، نلاحظ أن المشرع الإماراتي أخذ بإمكانية عدول المتبرع عن رضائه بالتبرع بأحد أعضائه ، و قد ساير بذلك القانون الجزائري ، لكن الفرق بين ما جاء به المشرع الإماراتي عن المشرع الجزائري هو أن هذا الأخير أعطى الحق للمتبرع في العدول عن رضائه في أي وقت شاء دون أي تحديد ، أما المشرع الإماراتي فقد أضاف في مادته عبارة : **<< لا يجوز للمتبرع استرداد العضو الذي تم استئصاله منه بعد أن تبرع به وفقا للقانون >> .**

مما يعني أنه قيد عدول المتبرع عن رضائه من الناحية الزمنية بوقف ينتهي بتمام الاستئصال ، فإذا تم الاستئصال بالفعل قبل الرجوع فان الرجوع اللاحق لا ينتج أثرا ، و لا يحول بالتالي دون زرع العضو المستأصل في المريض المتلقي ، و لا يمكن الاستناد إليه في المطالبة بإعادة زرع العضو المستأصل في جسم صاحبه الذي أخذ منه (1) .

و هذا ما لا نجده في قانون حماية الصحة و ترقيتها الجزائري في مواده الخاصة بزرع الأعضاء البشرية ، مما يعتبر فراغ قانوني ينتج عنه مشكل أن للمتبرع بالعضو الرجوع عن رضائه حتى بعد استئصال العضو منه ، وقد يصل ذلك إلى غاية رجوعه في رضائه بعد زراعة العضو المستأصل منه في جسم المتلقي ، و هذا نظرا لعموم العبارة التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة ١٦٢ من القانون السالف الذكر، و التي تنص على ما يلي : **<< ....و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موقفه السابق >> .**

الفرع الخامس :
أثر رضاء المتبرع بالعضو

رضاء المتبرع إما أن يكون صحيحا إذا توفرت فيه شروطه ، و إما أن يكون باطلا إذا تخلفت هذه الشروط .

١- د. جاسم علي سالم الشامسي، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد ٢ لسنة ١٩٩٩ صفحة ٤٥ .

١. الرضاء الصحيح :

هذا الرضاء ينتج عنه أثرين هامين(١) :

١,١. إباحة استئصال العضو : لهذه الإباحة أهميتها بالنسبة للطبيب ، فهي وحدها التي تجعل مهمته مشروعة و تنفي المسؤولية عنه ، فلا يعد مسؤولا مدنيا عن تعويض المتبرع عما يصيبه من أضرار مادية أو معنوية نتيجة للاستئصال ، و لا يكون مسؤولا جنائيا عما يحدثه له من جراح .

١. ٢. إثبات حق من تم الرضاء لصالحه في الانتفاع بالعضو المستأصل : فلا يجوز للمتبرع أن يطالب برد العضو المستأصل إليه ، و أن يحول دون زراعته فيمن حصل الرضاء لصالحه ، و إذا كان الرضاء لصالح صاحب الحاجة دون تحديد ، فلا يكون للمتبرع أن يطلب بعد تمام الاستئصال تخصيص العضو لشخص يعينه لم يكن قد حدده قبل الاستئصال ، و إنما للجهة التي منحه لها أن تقرر زرعه لمن تراه محتاجا إليه، لكن ليس هناك ما يحول في هذه الحالة دون طلب تخصيص العضو لشخص معين بالذات من قبل المتبرع ، على أن يتم ذلك قبل الاستئصال نظرا إلى أن للمتبرع العدول عن تبرعه حتى وقت الاستئصال فله بالتالي تخصيص تبرعه لشخص معين ، أو حتى تغيير التخصيص الذي أجراه من قبل .

٢. الرضاء الباطل :

مما سبق يتضح أن الرضاء يكون باطلا إذا ما انتفت شروط إباحة النقل، كما إذا كان استئصال العضو يعرض حياة المتبرع للخطر (٢)، أو كان الاستئصال بهدف الاتجار و ليس للعلاج أو كان الاستئصال بمقابل (٣) أو لم يستوفي الشكل الذي يتطلبه القانون (٤).

و يترتب على بطلان الرضاء بدوره أثران هامان (٥):

١- د. جاسم علي سالم الشامسي ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

٢- نص المادة ١٦٢ فقرة ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها : << لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ....>>
٣- نص المادة ١٦١ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها : << و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية >>
٤- نص المادة ١٦٢ فقرة ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها : << ....و تشترك الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين ، و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة >>
٥- د. جاسم علي سالم الشامسي ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

٢,١. قيام مسؤولية الطبيب :

تقوم مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية إذا ما أجري الاستئصال بناءا على رضاء باطلا، و يكفي لقيام هذه المسؤولية مجرد إثبات عدم توافر الـشروط اللازمـة لعمليـة الاستئصال و النقل ، كما لو أجرى الطبيب عملية الاستئصال و الزرع رغـم علمـه أن الاستئصال يعرض حياة المتبرع للخطر أو وظائفه للتعطيل ، و مرجع ذلك هو افتـراض علم الطبيب بهذه الأمور باعتبار اختصاصه ، و ما يفترض فيه من معلومات طبية .

لكن الأمر يستلزم إثبات علمه بعدم المشروعية في أحوال أخرى ، و هذا هو الشأن فيما لو تمت العملية بقصد الاتجار ، أو نظير مقابل مادي ، ففي هذه الحالة يجب لقيام مسئوليته إثبات علمه بالاتفاق على المقابل أو بتلقي المعطي له ، أو علمه بأن الجهة التي حصل الرضاء لصالحها تتاجر في الأعضاء البشرية رغم اتخاذها لأعمال الخير ستارا لها .

و يتساءل البعض عما إذا كان من الممكن ، تأكيدا للحماية التي يضفيها القانون على التكامل الجسدي للمعطي ، فرض التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الجراح القائم بالعملية ، فيكون عليه بمقتضى هذا الالتزام أن يضمن سلامة المعطي من كل ضرر غير متوقع .

قد يقال أن الطبيب يلتزم بصفة عامة في نطاق العقد الطبي ببذل العناية الواجبة في المسائل الطبية دون أن يضمن للمريض الشفاء ، على أن هذا القول لا يصدق على حالـة نقل الأعضاء لأن عملية استئصال العضو لا تبررها ، كما في العقد الطبي ، حيث يقتصر الأمر على مريض واحد ، المصلحة الصحية العلاجية للمعطي (١) .

و أيا كان الحال فانه من الممكن ، أسوة بـبعض القـوانين الأجنبيـة ، تعـويض الأضرار التي يصاب بها المعطي عن طريق تقرير المسؤولية الموضـوعية لمستـشفى و هي مسؤولية تستند على فكرة الخطر الجراحي و دون أن يلزم المعطي إثبـات خطـأ طبي أو جراحي ما ، و من الطبيعي ، بعد أن تعتبر عمليات نقل و زرع الأعضاء محلا لنشاط مرفق إداري عام أن يمتد نظام التأمينات الاجتماعية ليشمل الأضرار و الأخطـار

المترتبة عن تلك العمليات ، و إلى أن يتقرر ذلك فانه يكون من مصلحة المستشفى أن تبرم تأمينا خاصا لتغطية هذه الأخطار(٢).

١- د . أحمد شرف الدين ، زراعة الأعضاء البشرية ، مجلة الحقوق و الشريعة لجامعة الكويت، العدد ٢ للسنة ١ يونيو ١٩٧٧ ، صفحة ١٦٥ .

٢- د . أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، صفحة ١٦٦ .

٢,٢. عدم إمكانية تنفيذ الرضاء الباطل :

و في ذلك يشترك الترخيص الباطل مع الرضاء الصحيح الذي عدل المتبرع عنه قبل عملية الاستئصال ، لكن الاختلاف بينهما يظل قائما في حالة تمام الاستئصال .

فالبطلان يؤدي إلى قيام حق صاحب العضو في استرداده و منع زرعه لمن حصل الرضاء له ، أما الرجوع اللاحق للاستئصال فلا ينتج أثره في تخويل المتبرع حق استرداد العضو بعد تمام استئصاله .

لكن يبقى التساؤل قائما في حالة البطلان عما إذا كان للمتبرع أن يسترد العضو بعد تمام زرعه للشخص الذي حصل الرضاء له ، و يرى الدكتور جاسم علي سالم الشامسي : " أن المخاطر الناجمة عن عملية إعادة الاستئصال تحول دون تنفيذ هذا الحق تنفيذا عينيا ، و الأرجح القول إلى الالتجاء للتعويض بدلا منه، و هنا يستطيع المتبرع الرجوع بالتعويض على الطبيب أيضا ، كما يجوز له الرجوع بالتعويض على متلقي العضو ، و المسؤولية في هذه الحالة تكون مسؤولية تضامنية "(١).

أما بالنسبة لحالة البطلان لوجود المقابل المالي فلها وضع خاص ، ففيما يتعلق بالمقابل لا شك أنه يترتب على البطلان عدم إمكانية المطالبة به من قبل المتبرع ، إذا لم يكن قد تقاضاه قبل عملية الاستئصال ، إلا أنه عادة المتبرع لا يوافق على إجراء الاستئصال إلا بعد تقاضيه المقابل المتفق عليه ، لكن السؤال المطروح في هذه الحالة هو : **هل يجوز للمستفيد بعد تمام عملية الاستئصال و الزرع أن يطالب باسترداد المقابل الذي دفعه ؟**

الإجابة على هذا السؤال صعبة ، لأن السماح باسترداد المقابل المدفوع تمكن المستفيد بالعضو من تحصيل ثمار غشه و سوء نيته ، حيث يتحصل على العضو المتبرع به دون مقابل ، على الرغم من أن موافقة المتبرع كانت مقرونة بحصوله على المقابل ، و موافقته تكون عديمة الأثر تماما في حالة عدم حصوله عليه ، و في نفس الوقت حرمان

المستفيد بالعضو من استرداد المقابل يعني إبقاء الوضع المخالف للقانون ، و الاعتـراف بالمحظور كأمر واقع .

و يرى الدكتور جاسم علي سالم الشامسي أن : " و جود المقابل لا يمنع من وجود الدافع الإنساني لدى المتبرع ، و لا يمكن اعتباره على أي حال مقابـلا حقيقيـا للعضـو

١- د. جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلـة المجلـس الإسلامي الأعـلى العـدد ٢ لسنـة ١٩٩٩ ، صفحة ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ .

المتبرع به ، يؤدي إلى عدم تمكين المستفيد من استرداد المقابل ، بل و يمكن اعتبار المقابل في هذه الحالة من قبيل التعويض لا من قبيل الثمن .

و بالتالي تقرير في هذه الحالة بطلان التصرف في الأعضاء البشرية ليس له مـن ثمرة عملية كبيرة كلما كان سبب البطلان هو الاتفاق على مقابل للعضو المتصرف فيـه، و هذه النتيجة تدعم رأي القائلين بوجوب السماح بأخذ المقابل المادي عن الترخيص بنقل الأعضاء البشرية ، مادام هناك صعوبة كبيرة في تفـادي المعاوضـة علـى الأعـضاء البشرية، من الناحية العملية ، عندما يتفق الأطراف على ذلك ، مادام الغرض من ذلك هو العلاج و ليس الاتجار " (1) .

المطلب الثاني :
رضـاء متلقـي الـعضو

القاعدة العامة أنه يلزم لقيام الطبيب بإجراء عملية جراحية الحصول على موافقة أو رضاء المريض ، و تخلف هذا الرضاء يجعل الطبيب مخطئا ، و يكون مسؤولا مدنيا عن ذلك حتى و لو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته لهذه العملية .

و لكن رضاء المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية بل يسأل طبقا للقواعد العامة عن الخطأ الصادر منه أثناء العلاج أو الجراحة .

و تزداد أهمية الحصول على رضاء المريض كلما كان العلاج أو الجراحـة أمـر ينطوي على كثير من المخاطر، مما يتطلب معه ، إلى جانب الحيطـة ، أخـذ رضـاء المريض بذلك ، و عملية زراعة الأعضاء البشرية لا تخلو من الخطـورة ، لـدى مـن الضروري الحصول على رضاء المتلقي و موافقته على هذه العملية ، كما أن الهدف من هذا الرضاء تنبيه المتلقي بأهمية العملية الجراحية التي سيخضع لها ، و لما تنطوي عليه من مخاطر قد يتعرض لها مستقبلا ، و بالتالي لا يمكن القول أن دخول متلقـي العـضو للمستشفى يعد حجة على أنه رضاء منه مقدما بكل أنواع العلاج الذي يراه الطبيب لازما في حالته الصحية .

و لدراسة رضاء المتلقي يجب التطرق إلى النقاط التالية :

- ١ - صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء)
- ٢ - صور التعبير عن إرادة المتلقي
- ٣ - تبصير المتلقي

١- د. جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد ٢ لسنة ١٩٩٩ ، صفحة ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ .

الفرع الأول :
صاحب الرضاء (ممن يصدر الرضاء)

من حيث المبدأ يصدر الرضاء من المريض شخصيا ، طالما أنه في حالة تسمح له بذلك و نعني بذلك أن يكون بالغا ، قادرا على التعبير عن إرادته ، و في مجال زراعة الأعضاء البشرية المبدأ هو أن يصدر الرضاء من المتلقي شخصيا و لا يكون رضائه صحيحا إلا إذا صدر عنه و هو بالغا و في وعيه التام ، فموافقة المتلقي على إجراء عملية الزرع تعني مشاركته في تحمل مخاطرها ، و هذه المشاركة تفرض الأهلية القانونية الكاملة للمتلقي (١).

لكن استثناءا يمكن الاستغناء عن رضاء المتلقي في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بابداء ذلك الرضاء لكونه في غيبوبة في الوقت الذي تستدعي حالته التدخل السريع ، أو كان ناقص الأهلية.

و بالتالي سنتطرق فيما يلي إلى كل من الرضاء الذي يصدرعن المتلقي كمبدأ عام ثم إلى الاستثناء الوارد على هذا المبدأ .

١. الرضاء الصادر عن المتلقي :

بالرجوع إلى قانون حماية الصحة و ترقيتها ، و بالخصوص للمواد المتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد سنا معينا يعتبر فيه المتلقي أهلا للتعبير عن رضائه بعملية زرع العضو ، كما تجدر الملاحظة أن أهلية المتلقي تختلف عن ما هو عليه بالنسبة للمتبرع ، إذ هذا الأخير يشترط فيه أن يكون بالغا سن الرشد حتى يتمكن من التبرع بعضو من أعضائه ، بينما المتلقي قد يكون بالغا سن الرشد كما قد يكون قاصرا أو عديم التمييز(٢) .

و في غياب مثل هذا التحديد في قانون حماية الصحة و ترقيتها يمكننا أن نلجئ للقانون المدني كشريعة عامة الذي جاء في المادة ٤٠ منه ما يلي :

" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه يكون كامل الأهليـة لمباشرة حقوقه المدنية .
و سن الرشد تسعة عشر (١٩) سنة كاملة " .

----
١ ، ٢ - نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

و نستنتج من هذه المادة أن كامل الأهلية هو الشخص الذي يتوفر فيـه الـشرطين التاليين :

- بلوغ سن الرشد و قد حددت نفس المادة في فقرتها الثانية سن الرشد بتسعة عشر سنة
- التمتع بقواه العقلية .

و بالتالي كخلاصة لما سبق يمكن القول أنه حتى يتمكن المتلقي من التعبيـر عـن رضائه يجب أن يكون بالغا سن تسعة عشر سنة و متمتع بقواه العقلية ، و إلا كان رضائه باطلا ، و لا يمكن للطبيب الاحتجاج به لدفع مسئوليته القائمة على أساس خطـأ تخلـف رضاء المتلقي .

كما أن ضرورة الحصول على رضاء المتلقي يجب أن يحترم ، حتى و إن كـان رفضه لعملية زرع العضو قد يعرض حياته للخطر ، فعلى الطبيب في هذه الحالة احترام إرادة المتلقي و إلا قامت مسئوليته سواء المدنية أو الجنائية .

لكن يثور التساؤل هنا حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضـروري ، و لا يتدخل احتراما لارادة المتلقي ، فهل يعاقب هذا الطبيب لعدم مساعدة شخص في خطـر ؟ (Non-assistance à personne en danger)

لا يعاقب هذا الطبيب إذا لم يكن المتلقي معرض لخطر محدق بل أكثر من ذلك قد يكون مسؤولا إذا ما تدخل دون رضاء المتلقي ، لكن على الطبيـب فـي هـذه الحالـة الحصول على ما يثبت رفض المريض كتابيا [١]، و هذا ما نصت عليه المادة ٤٩ مـن المرسوم رقم ٢٧٦/٩٢ المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب [٢].

إلا أن احترام إرادة المتلقي لها حدود ، فقد تقوم مسؤولية الطبيب لعدم تدخله رغم رفض المتلقي لذلك في حالة ما إذا كانت إرادة المريض و رفـضه لـيس لـصالحه ، و كمثال عن ذلك : رفض المريض عملية نقل الدم لأسباب دينية [٣] ، ففـي مثـل هـذه القضية تم الحكم أن رفض الدم من قبل المريض يرتب خطأ يحرم هذا الأخير من الحياة، مما يقيم المسؤولية المشتركة للمريض و الطبيب [٤] .

1- Cass. CIV 07/11/1961 G.P 1962 – I – P 249.
٢- تنص المادة ٤٩ من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي : " يشترط من المريض اذا رفض العلاج الطبي أن يقـدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن "
3- Michele HARICHAUX Ramu – J.C.C- FASC 440 -2 - ART 1382 à 1386 année 1993 – page 5.
4- Cass. CRIM 30/10/1974 J.C.P 1975.

هذا الرأي أخذ به بعض المؤلفين بسبب أنه مطابق للاجتهاد القضائي الذي يعترف بالمسؤولية المشتركة في حالة خطأ الضحية .

لكن قد تم نقده من قبل البعض الآخر الذي يرى أن من اليقين أن عناية نقل الـدم هذه قد تجنب للمتلقي الضرر ، فان هذا الأخير برفضه لهذه العملية قـد نفـى الرابطـة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر .

كما أن حرية رفض المتلقي لعملية النقل ليس مطلقة ، بل يجب التفرقة بين مـا إذا كانت هذه العملية خطيرة أو كانت عملية بسيطة و عادية لا ترتب أي خطر علـى حيـاة المتلقي ، و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الضحية (المتلقي) يرتكب خطـأ إذا رفض عملية بسيطة و ترك للسلطة التقديرية للقاضي نقطة تحديد مدى خطورة أو بساطة العملية (١) .

قد تبنى الفقه هذه الفكرة ، فتم اعتبار عمليات نقـل الـدم مـن قبيـل العمليـات البسيطة ، لكن الآثار المحزنة التي نتجت عن عمليات نقل الدم كالعدوى من مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز) أو أمراض أخرى ، أدت إلى إعادة النظر في اعتبارها مـن قبيل العمليات البسيطة ، إذ أن بالرغم من تعميم التحاليل الطبية للدم المتبـرع بـه إلا أن العلماء يرون وجود خطر – حتى و إن كان قليل – يبرر رفض المتلقي لعملية نقل الدم .

و هذا ما يبرر تشدد القضاء في ميدان نقل الدم لدرجة أنه أصبح يوقع على عـاتق الطبيب التزام بالضمان أو السلامة تجاه المريض (المتبرع له) ، و هذا ما قـضت بـه محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٨ إذ جاء في نص القرار ما يلي :

« Considérant qu’en sa qualité de professionnel, le CDTS doit livrer du sang exempt de vices, que sa responsabilité du sang non vicié ne peut être écartée que par la preuve d’une cause étrangère, telle que la force majeur, qui ne peut lui être imputée »(2)

هذا بالنسبة للقاعدة العامة المتمثلة في أن الرضاء يصادر من المريض نفسه، لكن إذا كان المريض لا يستطيع إعطاء موافقته على زرع الأعضاء فمـن الـذي سـيعطي الموافقة عليها ؟

و سنتطرق فيما يلي إلى الاستثناء الوارد على هذه القاعدة .

1- Cass. CIV 25/02/1941, G.P 1941.
2- C.A Paris – CIV 28/11/1991 – J.C.P 1991 – II – 21797 note HARICHAUX

٢. الاستثناء الوارد عن مبدأ صدور الرضاء من المتلقي شخصيا

لقد تناولنا فيما سبق مبدأ ضرورة صدور الرضاء من المتلقي شخصيا لكـن هـذا المبدأ كما سلف ذكره غير مطلق ، إذ قد يصدر الرضاء مـن أهـل المتلقـي أو ممثلـه الشرعي و هذا في حالة ما إذا كان المتلقي عديم الأهلية .

و عدم الأهلية يمكن أن تكون عدم أهلية قانونية أو عدم أهلية فعلية :

١,٢ عدم الأهلية القانونية :(١)

يطرح في هذا الصدد سؤال عام و هو : هل يجب أن تنبعث القـرارات المتعلقـة بصحة عديم الأهلية منه فقط أم من وليه الشرعي ؟
.
يقودنا الجواب عن هذا السؤال إلى تحليل القواعد القانونية التي تشترط ضـرورة موافقة الولي الشرعي لعديم الأهلية ، ثم شرح مفهوم الأهلية الطبيعية أي التمييـز الـذي يتعارض مع الأهلية القانونية .

١,١,٢. القواعد القانونية :

لقد جاء في نص المادة ٣/١٦٦ ما يلي : " **و إذا تعلق الأمر بأشخاص لا يتمتعون بالأهليـة القانونيـة ، أمكـن أن يعطـي الموافقـة الأب أم الأم أو الـولي الـشرعي حسب الحالة " .**

نلاحظ من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح حق التعبير عن إرادة المتلقـي العديم الأهلية القانونية في مجال زرع الأعضاء للأب أو الأم أو الولي الشرعي.

غير أنه استثنى من دائرة عديمي الأهلية القانونية القاصر الذي خصص له فقـرة أخرى من نفس المادة و هي الفقرة الرابعة واشترط أن يكون الرضاء صادر عـن الأب و إن تعذر الحصول على موافقة الأب اللجوء للولي الشرعي (٢) .

و لا نعلم ما هي الفائدة و الأهمية التي يريد المشرع الجزائري الوصول إليها من هذه التفرقة و الاستثناء .

١- أنظر : نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .
٢- تنص المادة ١٦٦ فقرة ٤ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : " أما القصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و ان تعذر ذلك فالولي الشرعي " .

غير انه إذا كان المتلقي في حالة يستطيع فيها التعبير عن إرادته و أنه قادر على فهم و إدراك المخاطر التي سيتعرض لها من جراء زرع العضو له ، فلا مانع من صدور القبول و الرضاء منه ، وذلك لأن القرار الصادر في قبول عملية الزرع هو قرار شخصي ، يجب صدوره عن المتلقي نفسه لأن هذه العملية تهمه في المقام الأول ، لذلك يجب أن يعطي رضائه فيها شخصيا ، أما الرضاء الصادر عن ممثله القانوني فهو يأخذ شكل المساعدة و المعاونة على فهم خطورة عملية الزرع و تقدير أهميتها بالنسبة لحالته الصحية ، و لذا يجب تكملة رضاء القاصر بقبول من ممثله القانوني (١) .

أما القانون الفرنسي فقد أخذ بحلول موافقة الوالي الشرعي محل موافقة عديم الأهلية ، فحسب هذا القانون إذا تعلق نقل الأعضاء بقاصر غير مأذون بإدارة ماله فيجب الحصول على موافقة كل من الأب و الأم معا (٢) .

فبسبب خطورة نقل الأعضاء كان القرار يتخذ بشكل مشترك من قبل الأبوين و بالتالي لا يمكن أن يطبق هنا المبدأ الذي نصت عليه المادة ٢ – ٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي و الذي يعتبر أن كل زوج قد تصرف مع موافقة الزوج الآخر بالنسبة للعمليات البسيطة .

و عند عدم الاتفاق يمكن للأبوين رفع دعوى أمام قاضي الوصاية الذي يحاول مبدئيا التوفيق بينهما (٣) ، و إلا فانه يتخذ قراره الذي يجب أن ينسجم مع مصلحة القاصر و مصلحة صحته التي لا يمكن أن يعلمها أحد أفضل من الجراح و لذلك يجب على القاصر الحصول على رأيه (٤) .

و عند وقوع الطلاق ، تبقى مبدئيا ممارسة السلطة الأبوية مشتركة بينهما حيث يبقى كل من الأب و الأم ملتزمين حتى بعد الطلاق بالالتزام القانوني بالمساهمة في نفقات رعاية و تعليم أطفالهم ، بعد الطلاق يساهم الزوج الذي لا يقيم عنده الأطفال عادة في رعايتهم و تعليمهم تبعا لموارده و موارد الزوج الآخر (٥) ، و إذا كان الأبوين متوفيين فيعود القرار عندئذ إلى الوصي مع موافقة مجلس العائلة (٦).

١- د. ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص ١٣٠ .

٢-حسب المادة ٣٧٢ من القانون المدني الفرنسي (قبل صدور قانون ١٩٧٠/٠٦/١٤ حول السلطة الأبوية) كان الأب هو الوحيد المؤهل باعطاء الموافقة على نقل الأعضاء و عند غيابه فقط كانت تستدعى الأم للحلول محله .
٣- المادة ١-٣٧٢ فقرة ٢ من القانون المدني الفرنسي .
4- G. MEMETEAU, Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, étude de droit français positif, thèse, Poitiers 1973, page 35.
٥- المادة ٢٨٨ من القانون المدني الفرنسي .
٦- المادة ٤٦٤ من القانون المدني الفرنسي .

و فيما يتعلق بالطفل الطبيعي ، يجب أن يوافق على نقل أعضائه الوالد الذي اعترف به إراديا ، و إذا اعترف به كلا الوالدين فيجب الحصول على موافقة الأم إلا إذا صدر قرار معاكس عن محكمة البداية المدنية (١) .

هذه هي القواعد القانونية التي كرسها القانون في هذا المجال و يجب تطبيق بعض هذه القواعد بدقة أما القواعد الأخرى فمن الضروري أن تتأقلم مع تطور الطب العاصر مما يقودنا إلى مفهوم الأهلية الطبيعية .

٢,١,٢. مفهوم الأهلية الطبيعية :

يعتقد بعض الفقهاء بضرورة الحصول على موافقة القاصر إذا بلغ حد معينا من النضج ، فمن الملائم عندئذ السماح للقاصر ، رغم عدم أهليته القانونية ، بالترخيص لأجل إبرام الاتفاقيات المتعلقة بجسده الشخصي إذا برهن على نضجه ، أي إذا أصبح يتمتع بالتمييز ، لأن الأهلية الضرورية في هذا المجال ليست الأهلية القانونية المحاطة بقيود صارمة و لكن الأهلية الطبيعية التي توجد لإظهار موافقته الجدية .

و يطرح هنا السؤال لمعرفة ما هو سن النضج الذي يعتبر الشرط الأساسي لتطبيق مفهوم الأهلية الطبيعية ؟

من المؤكد أن التطور العقلي أي الذكاء لا يرتبط دائما بالعمر و بالتالي يختلف سن التمييز ، كالبلوغ ، باختلاف الأشخاص و من المستحيل تحديده بشكل دقيق ، تعيين هذا السن هو موضوع ظروف يخضع لقدرة كل شخص على الإدراك و يجب على الطبيب أن يقرر فيما إذا كان يملك هذا الشخص نضجا كافيا لاعطاء موافقة واعية (٢) .

و بالتالي في هذه الحالة رغم معارضة الولي الشرعي يمكن زرع الأعضاء إذا وافق القاصر عليها و اعتقد الجراح أنها ضرورية من أجل صحة القاصر .

بالمقابل إذا رفض القاصر العمل الجراحي فهل يستطيع الجراح إجراءها بالاستناد على موافقة وليه الشرعي فقط ؟

١- لمادة ٣٧٤ من القانون المدني الفرنسي .
٢- د. أحمد عبد الدائم ، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسالة دكتوراه ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ١٩٩٩ ، صفحة ٣٣٤ .

إن الدكتور أحمد عبد الدائم يرى أنه يجب على الجراح إجراء العمل الجراحي رغم رفض القاصر إذا حصل على موافقة وليه الشرعي لأن امتناع الطبيب سوف يعرضه لمسؤولية عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر (١) ، ونفس الشيء في حالة رفض الأولياء بدون أي سبب جدي بالرغم من خطورة صحة القاصر فمثل هذا التصرف يعرض الأولياء لعقوبة جزائية على أساس جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر(٢).

و في كل الأحوال أن فرضية الخلاف بين الجراح من جهة و الولي الشرعي أو القاصر من جهة أخرى هي نادرة بشكل عام .

هذا بالنسبة لعدم الأهلية القانونية ، لكن يختلف الأمر بالطبع إذا كانت عدم الأهلية فعلية و عندها لا يمكن طلب موافقة المريض الذي فقد وعيه .

<u>٢,٢. عدم الأهلية الفعلية :</u>

رغم امتلاك المستفيد لأهليته القانونية إلا أنه قد يكون في حالة لا يستطيع ممارستها كاستغراقه في حالة عدم الوعي فيصبح عندئذ التماس موافقته على نقل عضو له مستحيلا (٣) ، فهل يستطيع الطبيب حينئذ الاستغناء عن هذه الموافقة أم أنه يستطيع افتراض وجودها ؟

تنص المادة ١٦٦ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي :
" إذا كان المستقبل غير قادرا على التعبير عن رضائه أمكن أحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأول المبين في المادة ١٦٤ أعلاه أن يوافق على ذلك كتابيا " .

من هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في حالة تعذر الحصول على رضاء المتلقي بسبب حالته الصحية يتحصل الطبيب على رضاء و موافقة من تربطهم بالمتلقي رابطة القرابة ، و ذلك لاعتبارهم أفضل من يستطيعوا التعبير عن إرادة المتلقي ، و قد حدد هؤلاء الأشخاص مع الترتيب الذي يجب اتباعه في المادة ١٦٤ فقرة ٢ من نفس القانون ، فهذه الأخيرة رتبت أفراد عائلة المتلقي الذين يجب الحصول على موافقتهم

في حالة تعذر الحصول على موافقة المتلقي كالتالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت .

١- د. أحمد عبد الدائم ، " أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسـالة دكتـوراه ، منـشورات الحلبـي الحقوقية ، بيروت لبنان ١٩٩٩ ، صفحة ٣٣٤ .

2- C.A. GRENOBLE- 09/04/1954 D 1954-P 375.

3- X. LESERGRETAIN et S. CHASSANY : La protection juridique de l'hôpital – édition Berger levrault – Paris1999 – P 122.

كما جاء في الفقرة ٦ من نفس المادة السالفة الذكر ما يلي : " **يجوز زرع الأعضاء و الأنسجة البشرية دون الموافقة المذكورة في الفقرة ١ و ٢ أعلاه إذا اقتـضت ذلـك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الـشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يسبب أي تأخير فـي وفاة المستقبل و يؤكد هذه الحالة الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين" .**

نستنتج من هذه الفقرة أنه يمكن الاستغناء عن الرضاء إذا كان المتلقي في وضـع يقتضي التدخل السريع دون انتظار أخذ رأيه أو رأي ممثلين أو أقاربه .

إذ يرى الفقيه " سافتيي " أنه في مثل هذه الحالة السلامة البدنية للمـريض تغلـب رضاه، إضافة لصعوبة استخلاص رضاه في الحالة الاستعجالية (١) ، أما في غيـر هـذه الحالة يترتب على تخاف رضاء المريض تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة حتى و لـو بذل العناية المطلوبة ، فالنتائج التي ما كان ليسأل عنها في حالة رضاء المـريض يـسأل عنها إذا تخاف هذا الرضاء (٢) .

و قد اعتبر المشرع الجزائري الطبيب الجراح رئيس المـصلحة ممـثلا طبيعيـا للمتلقي في هذه الحالة، فله الموافقة للمتلقي بزرع العضو بشرط أن يثبت حالة الاستعجال أمام شاهدين (٣) .

كما يمكن للطبيب الجراح أن يرفض زرع العضو للمتلقي رغم موافقة هذا الأخير و موافقة أهله إذا قدر أن هذا التدخل الجراحي يصيب المتلقي بأضرار جسيمة لأنه هـو المسؤول الأول عنه في حالة عدم الأهلية القانونية للمتلقي ، كما أنه هو وحده الذي يقـدر ضرورة إجراء عملية الزرع و مدى مناسبتها مع حالة المتلقي (٤) .

أمام في التشريع الفرنسي ، فان المبدأ يفرض على الطبيب البحث عـن الموافقـة و لكن عندئذ ممن يجب أن يطلبها ؟

يجب على الطبيب التوجه إلى الممثلين الطبيعيين للمريض أي عائلته مـن خـلال رابطة القرابة أو الزواج و يأتي الزوج بالدرجة الأولى ثم الأصول فـالفروع و أخيـرا الأقارب الأكثر بعد إذا كان لا يوجد أي شخص من بين الفئتين الأوليتين .

1- SAVATIER, AUBY et PEQUIGNOT : Traité de droit médical- édition techniques- Paris – France 1999,P 218.
2- CASS.CIV – 27/10/1953 –D 1953 – P 658.
٣- د . ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، صفحة
٤- و هذا ما نصت عليه المادة ١٦٣ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها : **" كما يمنـع انتـزاع الأعـضاء أو الأنسجة من الأشخاص المصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحـة المتبرع أو المستقبل "**

لكن يمكن تعديل هذا التدرج استنادا للروابط التي نسجها واقـع الحيـاة ، فيحـدد الممثل الفعلي طبقا للخدمات التي قدمها المستفيد و ليس حسب درجة القرابـة ، فالـذين يهتمون بمحبة كبيرة و إخلاص بحماية المـريض لهـم أفـضلية علـى أفـراد أسـرته الأقرب من الناحية القانونية و لكنهم بعيدين عنه جدا من الناحية الفعلية (١) .

و إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأقارب المريض فان الطبيب يصبح فـي حالة الطوارئ ممثلا طبيعيا له (٢) .

و يشكل الرجوع إلى أقارب المريض الذي أصيب بعدم الأهلية الفعلية إجراء نادرا من الناحية القانونية و لدى يجب أن يستخدم بشكل محدود جدا (٣).

و لا يمكن افتراض عدم الأهلية ، لأنها في الواقع أمور قانونية بحتة فمن المنطقي إذا أن يقتـصر الحلـول محـل إرادة المـريض الـذي فقـد وعيـه علـى حالـة الضرورة القصوى(٤).

و عند تكريس عدم الأهلية الفعلية فان إمكانية قيام الشخص الذي يحمي المـريض المستفيد طبيعيا بالتعبير عن إرادته يجب أن تبقى استثنائية و محدودة على حالات ضـيقة و ضـرورية أي فقـط علـى حالـة الطـوارئ الفعليـة كحالـة عـدم إمكانيـة تأجيل نقل الأعضاء بدون ضرر إلي أن يستعيد المريض تمييزه الحر .

الفرع الثاني :
صور التعبير عن إرادة المتلقي

تنص المادة ١٦٦ فقرة ١ من قانون حماية الصحة و ترقيتهـا علـى مـا يلـي :
" لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية ، و بعد أن يعرب هذا المـستقبل عـن رضـاءه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها حضور شاهدين اثنين "

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري يشترط في تعبير المتلقـي عـن رضائه بعملية زرع العضو الشروط التالية :

- -

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٣٣٥ .
2- R. NERSON, L’influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, Revue Trimestrielle de droit civil, 1970, page 675.
٣، ٤ - أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ .

١ ـ أن يتم التعبير عن الرضاء في شكل كتابي أمام رئيس المصلحة الصحية
٢ ـ حضور شاهدين

<u>١. أن يتم التعبير عن الرضاء في شكل كتابي أمام رئيس المصلحة الصحية :</u>

و سبب ذلك هو رغبة المشرع الجزائري في الكشف عن رضـاء المتلقـي ، لأن الرضاء ما هو إلا تعبير عن الإرادة الكامنة في نفس المتلقي ، و لا سبيل للكشف عن هذه الإرادة و إظهارها للوجود في صورة مادية ملموسة إلا بالتعبير عنها كتابة، و هذا التعبير يجب أن يكون أمام رئيس المصلحة الصحية التي سيجرى للمتلقي فيها عملية الزرع .

<u>٢. حضور شاهدين :</u>

و هذا ليشهدان على موافقة و رضاء المتلقي على عملية زرع العضو .

وبذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المتبرع و المتلقي فـي مجـال الرضاء بعملية زراعة العضو .

<u>الفرع الثالث :</u>
<u>تبصيـر المـتلقـي</u>

حتى يكون رضاء المريض صحيحا فانه يقع على عاتق الطبيب التزام بإحاطتـه علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية ، و يجب أن يكون رضاه متبصرا بقـدر كاف [1] ، و إلا كان الطبيب مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله و لـو لـم يرتكب خطأ في عمله ، و على المريض إثبات أنه لم يتم إعلامه بمخـاطر العمليـة [2] ، و بذلك فانه في مجال زرع الأعضاء على عاتق الطبيب التزام بتبصير متلقـي العـضو حول مخاطر عملية الزرع ، فيجب أن يشرح الجراح لمريضه باختصار النقل المقتـرح للأعضاء و الأخطار التي تتضمنها و الفوائد التي يمكن الحصول عليها[3] ، بحيث يصبح هذا المستفيد قادرا على التعبير عن موافقة موضحة ، فيكون رضائه صحيحا غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة ، و إلا يكون الطبيب مسؤول بارتكابه خطأ تخالف رضـاء المريض بالعلاج .

1- Le guet DEVALAY : La responsabilité médicale – Internet HTTP:/// WWW.med.univ-rennes L.Fr/ galesne/ Médecine légale/ Responsabilité médicale.el.HTM- mise à jour le 15 /09/1998.
٢- هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بقرارها الصادر في ١٩٦٦/٠١/١٩ التي نقضت قرار محكمة الاستئناف المدنية للطبيب الجراح الذي لم يقم بإعلام المريض بكافة مخاطر العملية حسب زعمها ، غير أن محكمة النقض أكدت على إثبات الطبيب بعدم قيام بمثل هذا الالتزام يقع على عاتق المريض و ليس على عاتق الطبيب .
٣- منصور مصطفى منصور : حقوق المريض على الطبيب - مجلة الحقوق و الشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة ، جوان ١٩٨١ ص٢٠ .

و قد وضحت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ ١٩٦١/٠٢/٢١ بتعبير دقيق كيفية تبصير الطبيب لمريضه ، إذ جاء في نص قرارها ما يلي :

« Une information simple approximative, intelligible et loyale »(1) .

لكن مبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي أثار جدال نتج عنه ثلاثة آراء (٢)

الرأي الأول : الرافض لمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي (٣)

يمثل هذا الاتجاه الأستاذ بورت كان ، من أعلام رجال الطب في فرنسا ، كما تبنى هذا الرأي الأطباء عموما ، الذين يعتبرون هذا الاتجاه دفاعا عن حقا لهم ، فحسبهم كيف يمكن المنادات بتبصير المتلقي بالمرض و العلاج الجراحي و نحن نعلم أن المتلقي يعتبر مقارنة مع الطبيب جاهلا بالمسائل الطبية و الأساليب الفنية و العلمية التي أدت إلى هذا التدخل الجراحي ، فالمريض لا يستطيع تقدير الأمور تقديرا سليما فيما يتعلق بصحته و حياته (٤) .

و بالتالي يجب أن لا يكون دور الجراح تبصير المتلقي بل يكون دوره مساعدة المتلقي و رفع روحه المعنوية و علاجه العلاج المناسب .

هذا بالإضافة إلى أن مصلحة المتلقي تستوجب على الطبي عدم إعلامه و تبصيره بكل المخاطر التي يتعرض لها إذ من شأن ذلك أن يؤثر على حالته النفسية و على روحه المعنوية و إخفاء بعضها قد يرفع من روحه المعنوية و يساعده على مواجهة المرض و تخطيه (٥).

كما يجب على المتلقي أن يضع كل ثقته في شخص الطبيب و يترك له الحرية في تحديد العلاج الذي يراه مناسب لحالته الصحية دون إلزامه باطلاع المتلقي على نتائج عملية زرع العضو .

1- Cass.CIV 21/06/1961 – J.C.P 1961- II – 11229 – note SAVATIER.
٢- د.نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ الى ١٤٧ .
٣- ارجع في هذا الموضوع إلى د.حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة عين الشمس ١٩٧٥ ، صفحة ٨٨ .
٤- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دار النهضة العربية ١٩٨٦، صفحة ١١٠ .
5-C.A. Versailles 16/06/2000 – D 2000 – P 251 – note JOURDAIN.

وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري رغم الانتقاد الذي وجه له من قبل الدكتور لطفي دويدار في مؤتمر الطب و القانون المنعقد في الإسكندرية : " أنه بالرغم من أن العرف الطبي قد جرى في مصر على عدم مصارحة الطبيب لمريضه بسبب الدوافع الأنانية إلا أنه لا يوافق على ذلك العمل ، فاطلاع المريض على حالته قبل وفاته يساعده على تدبير شؤونه قبل الوفاة ، فالمصالحة تعتبر إنسانية بالنظر إلى العائلة و مشاكلها " .

<u>الرأي الثاني :</u> الآخذ بمبدأ التزام الطبيب بتبصير المتلقي

ذهب أنصار هذا الرأي إلى ضرورة تبصير المتلقي بحقيقة المرض وحول التدخل الجراحي و بالمخاطر التي تترتب على العلاج و أي كذب أو إخفاء للحقيقة عن المتلقي يعد خطأ طبي يرتب مسؤولية الطبيب .

فحسبهم الالتزام بالتبصير يعتبر من مظاهر احترام الشخص في سلامة جسمه بحيث لا يتعرض لأدنى مساس إلا بعد موافقته ، و هذا يمكن المحاكم من أن تراقب وتضع حد لانفراد بعض الأطباء الجراحين بالمساس بسلامة أجسام المرضى ، فانفراد الطبيب بالعلاج و الجراحة على جسم المتلقي دون تبصير بنتائج ذلك ، يعرضه إلى المسؤولية سواء المدنية أو الجنائية .

و جهل المتلقي لقواعد الفن الطبي ، و عدم إمكانية تفهمه لأصول المهنة الطبية، لا يبرر الاستغناء عن رضائه المتبصر و المستنير ، بل يجب أن يعرف مدى ما ستكون عليه حالته قبل و بعد العملية الجراحية حتى يعرف أفضلهما فهو وحده يملك المفاضلة بين المزايا و المساوئ (١) .

و قد أخذ القانون الجزائري بهذا الرأي ، فنصت المادة ١٦٦ فقرة ٥ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : " **لا يمكن التعبير عن الموافقة الا بعد أن يعلم المعالج الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة (٢) بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك ....**" .

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ إلزام الطبيب بتبصير المريض ، و بالتالي يقع على عاتق الطبيب الجراح الالتزام بتبصير المتلقي بالحقيقة حتى يصدر رضاؤه عن بينة و تبصير و علم كامل بحقيقة الأمور .

١- د. ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، صفحة ١٤٤ .
٢- تنص الفقرة ٤ من المادة ١٦٦ على ما يلي : " **أما القاصر فيعطي الموافقة التي تعنيهم الأب و ان تعذر ذلك فالولي الشرعي** " .

كما اخذ بهذا الاتجاه كذلك القضاء الفرنسي فقد جاء في نص المادة ٤٢ من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي ما يلي : **<< لاسباب شرعية يقدرها الطبيب ، يمكن عدم اخبار المريض عن تشخيص لمرض خطير >>** نستنتج عن طريق المخالفة أن في غير هذه الحالة - أي حالة تشخيص مرض خطير – الطبيب ملزم بتبصير المريض بمخاطر العلاج المقترح و الحصول على رضائه قبل التدخل الجراحي (١).

<u>الرأي الثالث</u> : الرأي الوسط بين الرأيين السابقين (الالتزام بالتبصير في حدود)

حاول هذا الرأي تفادي عيوب كل اتجاه و الاستفادة من مزاياه ، فيرى أصحاب هذا الرأي بأنه يمكن للطبيب الكذب على المتلقي بحدود معينة ، و ذلك بأن يخفي عنه حقيقة مرضه ، و الكذب هنا هو الكذب المتفائل المسموح به الذي يستهدف مصلحة المتلقي و يؤدي إلى تحسين حالته الصحية ليس الكذب المتشائم الذي ينطوي على إخفاء العلامات أو النتائج الحسنة عن المتلقي .

ومن جهة أخرى و نظرا إلى أن المتلقي هو وحده الذي يملك حق الاختيار فعلى الطبيب أن لا يخفي عليه المخاطر المتوقعة الناتجة عن التدخل الجراحي أو طرق العلاج المختلفة ، بالمقابل يمكنه إخفاء المخاطر غير المتوقعة و البعيدة الاحتمال و هذا يستهدف مصلحة المتلقي و يفيد في علاجه ، و لكن مبدأ التزام الطبيب بإعلام المريض ليس مطلقا بل ترد عليه حدود و تحفظات تتمثل فيما يلي : (٢)

١ ـ إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله ، إلا أن هذا لا ينطوي بطبيعة الحال على تلك النتائج القليلة الاحتمال ، و التي يندر وقوعها في العمل ، و يصعب توقعها طبقا للمعطيات العلمية القائمة .

٢ ـ يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض ، فذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنويات المريض ، مما يدفع الطبيب إلى إخفاء بعضها أو التهوين في ذكرها أو سردها بطريقة عامة ، و يقدر القاضي ذلك من خلال وقائع القضية ، و قد أعفت المحاكم من المسؤولية الطبيب الذي يهون على المريض تلك

النتائـج الضـارة و المحتملة للتدخل الجراحي ، و ذلك بسردها بطريقة سهلة و عامـة دون تفصيل أو تحديد مراعاة لحالته النفسية (٣) .

1- MICHELE HARICHAUX – RAMU, JC. CIV. Fasc 440-2, 1993 page 8.
٢ - د. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ١٩٩٩ صـفحة ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ .
٣ - علي حسين نجيدة : التزامات الطبيب في العمل الطبي - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٩٢ - ص ٧٣.

و ذهب القضاء إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية حتى في حالة كذبـه العمـد على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه ، طالما أن ذلك يلعب دورا حاسما في حالتـه النفسية و بالتالي الجسدية ، و أن ذكر الحقيقة لن يكون له أي أثر إيجابي و لا تـستلزمه طبيعة العلاج ، بل يمكن على العكس أن يكون له أثر سلبيا واضحا ، و لكن الكـذب إذا كان بهدف تضليل المريض و حمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدها الطبيب لهدف مادي أو تجريبي ، فانه يعد سببا في إقامة مسؤولية الطبيب.

٣ ـ لا يلتزم الطبيب كذلك بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التـي يـستطيع استيعابها علميا سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المـستخدمة ، لكـن إذا كانت تلك الوسائل يمكن أن تثير لدى المريض نتائج ضارة خاصة بـه(١) نظـرا لحالتـه الجسمية فانه ينبغي على الطبيب أن يحيطه علما بذلك و إلا أصبح مـسؤولا عـن تلـك النتائج و لو بذل في ذلك العناية المعهودة .

٤ ـ يصعب على الطبيب أن يفي بالتزامه بإعلام المريض في حالة الـضرورة ، فقد يكون المريض في حالة لا تسمح بإخباره بالعلاج و طريقته .

٥ ـ على القاضي أن يأخذ في الاعتبار عند تقرير مسؤولية الطبيـب فـي حالـة إخلاله بالتزامه بإعلام المريض ، و بصفة خاصة عند تقرير الأضرار الواجب التعويض عنها ، مدى حسن نية الطبيب و رغبته في إنقاذ المريض و كذلك الحالة الـصحية التـي كان يوجد بها هذا الأخير .

بالرغم من الحدود و التحفظات السالفة الذكر فان القضاء يستمر في تأكيد التـزام الطبيب بإعلام المريض بأسلوب واضح ودقيق ، و يتوقف ذلك على درجة ثقافة المريض و يقتصر على تبصير المريض بالمخاطر المتوقعة عادة دون التعقيدات و المخاطر النادرة الحدوث التي قد يؤدي ذكرها إلى منع المريض من اتخاذ قرار متعقل إلا أنه ينبغي علـى الطبيب أن يأخذ في حسبانه كافة النتائج حتى الاستثنائية كي يعمل جاهدا علـى توقيهـا و مواجهتها .

و لا يلتزم الطبيب بتقديم الدليل الكتابي لاثبات قيامه بإعلام المريض ، و إن كـان من الأفضل اللجوء إلى ذلك ، و خاصة في حالة الإجراءات الطبية و العمليات الجراحية

الاستثنائية و يقع على عاتق الطبيب عبء إثبات عدم قيام الطبيب بتبصيره بطبيعة التدخل الطبي و العلاج المقترح و المخاطر الناجمة عن ذلك و هكذا يجب على الموافقـة سـواء كانت للمتبرع أو للمستفيد أن تلبي شروطا محددة بحيث تترجم إرادة واعية و حرة .

١- Le guet DEVALAY : La responsabilité médicale – Internet HTTP:/// WWW.med.univ-rennes L.Fr/ galesne/ Médecine légale/ Responsabilité

٢- médicale.el.HTM- mise à jour le 15 /09/1998.

الفصل الثاني :

نقل و زراعة الأعضاء البشرية من جثة المتوفى

إن الحق بالتكامل الجسدي يعد أحد حقوق الإنسان الجوهرية ، لكن ماذا يبقى من هذا الحق بعد الوفاة ؟ و ما هي الشروط التي تسمح للطبيب بالاعتداء على جسم الشخص، الذي عهد إليه لحمايته ضد الموت ، للاستفادة من وفاته باقتطاع أنسجة أو أعضاء من جسمه لأهداف علاجية أو علمية ؟ (١)

و هل تحقق هذه الشروط يعفي الطبيب من قيام مسؤوليته تجاه هذا الشخص ؟

في الواقع ، هناك اتجاه فطري للتفكير أنه لا يمكن المساس بجثة الإنسان لأي سبب كان ، فقد ظهر هذا الجسم كأنه شيء مقدس ، و قد نتجت هذه القدسية من اهتمام المرء الدائم بالقيم الأخلاقية التي يمثلها (٢).

و لكن أخيرا ، ما هو الجسم عندما يتوقف عن الحياة ؟

فقد كتب البروفيسور J. SAVATIER منذ عام ١٩٦٦: << ليست الجثة إلا شيئا و لكن الوفاء لذكرى الشخص الذي مثلته يفرض احترام هذه الجثة >>(٣) .

كما كتب أيضا نفس البروفيسور : << لا يعتبر إعادة الحياة لأعضاء جسم شخص لزرعها عند شخص آخر من أجل إنقاذه نقصا في احترام جثة هذا الشخص لأنه، ضمن تدرج القيم ، قيمة إنقاذ شخص حي يتمتع بالروح يتفرق على قيمة عدم المساس بالجثة التي خرجت منها الروح و التي ستعود إلى التراب ، فما يميز هذه الجثة عن الشيء هو فقط ذكرى الشخص الذي كان يوجهها ، و كم هي بادرة جميلة من ذلك الذي تم إنقاذه بواسطة زرع الأعضاء أن يحمل هذه الذكرى و أن يتبرع هو أيضا ، بسبب موته ، بجثته الخاصة لأحياء حيث سيحملون أيضا الذكرى لهذا الشخص >>(٤).

1- J. SAVATIER, Les prélèvements d'organes après décès, Colloque sur la mort, Aspects médico-légaux, Poitiers Cujas1980, page 19.

٢- أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني ، رسالة دكتوراه، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، ٢٧ جوان ١٩٩٩ ، صفحة ١٧٩.

3 et 4 -J.SAVATIER, Les greffes d'organes devant le droit, cahiers Laennec, mars1960, p 35.

كما صرح LE R.P.M.RIQUET في فيفري ١٩٦٨ ، بعد أن أشار ضمن بلاغ أكاديمية العلوم الأخلاقية و السياسية ، لإنجازات الجراحين الذين قاموا بالزرع :

<< و هكذا لا يتعارض زرع الأعضاء مع أي مبدأ أخلاقي أو ديني ، وحديثا يعتبر زرع القلب الأكثر إذهالا ، و لكن سبقه زرع الكلية التي أنقذت بواسطة سلسلة تجارب حياة بعض المرضى الذين كانوا حتى ذلك الوقت بدون أي أمل >> (١).

و قد اعترفت الشريعة الإسلامية بشرعية زرع الأعضاء المقتطعة من جثث الموتى إذا كان ذلك استنادا لوصية أو بعد موافقة الزوج الباقي على قيد الحياة أو ممثل العائلة المعين قانونا ، و يستطيع المتوفى إعطاء موافقته على التبرع قبل وفاته .

و يبدو لنا مفيدا الإشارة إلا أنه هناك إجماعا فقهيا حول هذه النقطة ، فقد أكد مسجد الأزهر في القاهرة بمصر أنه لا يمكن اعتبار اقتطاع الأعضاء الواقع على شخص ميت اعتداءا على كرامة المتوفى ، لأن هذا الاقتطاع يهدف لتحقيق هدف مشروع و إنساني هو إنقاذ حياة شخص حي ، و بالطبع يجب أن يتم الاقتطاع تنفيذا لموافقة المتوفى أو بعد الحصول على إذن عائلته .

و قد تبنت نصوص المؤتمر التحضيري العربي المنعقد في القاهرة بين ١٤ و ١٧ مارس١٩٨٧ نفس الرأي (٢).

كما أن الكنيسة الكاثوليكية لم تأخذ بحصانة الجثة كعقيدة ، فقد تبرع سابقا SAINT FRANCOIS DE SALES الذي شعر بحاول أجله بجسمه إلى العلم ، و في عام ١٩٥٦ قال البابا PIE XII ما يلي فيما يتعلق بترقيع القرنية : << بالنسبة لاقتطاع قرنية المتوفى لا يوجد أي اعتداء على ممتلكاته و لا على حقه في هذه الممتلكات >> (٣).

و ليس هناك دلالة على موقف الكنيسة أكثر من الاستقبال الحار الذي خصه البابا PAUL VI للبروفيسور BARNARD عند زيارته للفاتيكان ، حيث شجع الجراح الشهير على حماية مصالح الإنسانية المعذبة من خلال إنجازاته .

و قد أعلن المجلس المستمر لمؤتمر مطارنة فرنسا الذي انعقد في

1- B.DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thèse Lille, 1978 page 183.

2- Revue internationale de droit Pénal, volume 59, 1988, page 1360.

٣ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ١٨٠.

١٢ أكتوبـر ١٩٩٣ موقفه من اقتطاع الأعضاء مذكرا أن الكنيسة الكاثوليكية تقبل مبـدأ الاقتطـاع و الزرع ، و ترى في التبرع الإرادي تعبيرا عن التـضامن و الأخـوة [1] ، و قد دعا هذا التصريح ، بدون أن يجعله في أي حال واجبا ، كل شخص للسماح باقتطاع أعضائه بعد موته بروح من التضامن مع المرضى القابلين للاستفادة منه .

و على كل حال ، لا يمكن اقتطاع أي عضو من الشخص الميت قبل التأكد بـشكل واضح من حقيقة الموت ، و لكن ما هو الموت في الواقع ؟ و ما هو المفهوم الذي يمكـن أن نعطيه للموت ؟

هذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من دراستنا ، أما المبحث الثاني فنتطـرق فيه إلى كيفية التصرف بالجثة بعد الموت .

1- J. P. ALMERAS, Greffes de tissues et d'organes, Solidarité et respect des personnes, Le concours medical, n°115/36, 1993, page 3215.

المبحث الأول :
الـــمـــــوت

ينظر القانون للوفاة على أنها حدث لحظي يرتب آثاره دفعة واحـدة و أهـم هـذه الآثار سلب الشخصية القانونية للإنسان و تجريدها من جميع الحقـوق الملازمـة لهـا ، فالقانون لا يعترف بدرجات متفاوتة لموت الإنسان .

فالإنسان في نظر القانون إما حي أو ميت ، لكن التطور الطبي أوجد حالـة ثالثـة هي الإنسان الحي الميت و هو الإنسان الذي يكون في حالة غيبوبة عميقة ، مما ظهـرت ضرورة تحديد حالة الوفاة حتى يتمكن الأطباء من إجراء عمليات نقل الأعـضاء دون أن تقوم مسؤولياتهم سواء المدنية أو الجنائية .

فقد كانت الوفاة سابقا تحدد من قبل الطبيب عن طريق معيار يعتمد عليـه ، لكـن تطور تقنيات الطب أدى إلى ضرورة تحديد هذا المعيار ، فهل تحديد هذا المعيار يعد من اختصاص رجال القانون أم هو مسألة طبية يختص في تحديدها الطبيب وحده ؟

حول هذا التساؤل ظهر اتجاهين (1) :

الاتجاه الأول :

يرى هذا الاتجاه أن تحديد لحظة حدوث الموت مسألة قانونية ، و بالتـالي يجـب وضع تشريع في كل دولة يحدد الوفاة ، و يبـرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن الوفـاة مسألة متعلقة بحالة الشخص ، فيستمد الفرد الشخصية القانونية من القانون ، و هي مصدر جميع الحقوق اللصيقة بالشخصية ، لذا يجب أن تخضع هذه الشخصية القانونية لمعـايير شخصية ، حيث يخشى استئصال عضو من جسم شخص قبل وفاته بسبب تعجل الطبيـب لإجراء عملية نقل الأعضاء بسبب حمية علمية أو صلة شخصية بمريض ينتظر الإنقـاذ، كما أن تنظيم هذه المسألة عن طريق القانون يؤدي إلى اطمئنان النـاس علـى حيـاتهم عندما تكون بين أيدي الطبيب ، و كذا تحديد مسؤولية الطبيب ، فيكون حقه فـي ذلـك مستندا إلى إذن قانوني ، فلا يجب ترك هذه المسألة لتنظم من قبل قواعـد و آداب مهنـة الطب لأنها قواعد قاصرة على الأطباء فقط و ليس على عامة الناس .

---

١ - د. ماروك نصر الدين ، زراعة الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ١٩٩٣ صفحة ١٩٥ .

الاتجاه الثاني :

أما أصحاب هذا الاتجاه الثاني القائل باعتبار تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية ، فيرى عدم جواز تدخل القانون لتنظيم الموت إذ أنها من اختصاص الطب ، و يبررون رأيهم في أن التقدم المستمر للعلوم الطبية قد يؤدي حتما إلى اختلاف معايير تحديد الموت، و هذا التطور و الاختلاف لا يتوافق حتما مع الاستقرار النسبي الذي تتمتع به القاعدة القانونية .

و يبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم في أن الوفاة ظاهرة بيولوجية من اختصاص رجال الطب و العلم دون غيرهم ، لدى لا يجب تحديدها في التشريع بل يترك الأمر للوائح الصادرة من الجهات الطبية المختصة و التي تتضمن معايير يجب على الأطباء الاسترشاد بها للتأكد من الوفاة ، و قد أوصى مؤتمر بيولوجيا المنعقد سنة ١٩٦٨ أنه :

<< لا يقع على رجال القانون ، مع الأخذ بعين الاعتبار التقدم الملحوظ الذي تمر به مهنة الطب ، وضع تعريف قانوني لوقت أو زمن الوفاة لتحديد الطرف أو الوسائل التي يمكن بها التأكد من الوفاة ، بل أن هذه الأمور تبقى للأطباء ضمن اختصاصهم و دراستهم و نشاطهم الفني ، ورائدهم في ذلك شرف المهنة ، و على الطبيب أن يكون ملما بأحداث معطيات العلم في هذا الشأن >> .

و أمام تشدد كل من الاتجاهين السابقين و إصرار الأطباء على اعتبار تحديد لحظة الوفاة مسألة طبية مقابل إصرار رجال القانون على اعتبارها مسألة قانونية ، نرى أنه لصالح الاستفادة من الأعضاء المستأصلة من جثث الموتى بزراعتها في أجساد المرضى المتعلقة حياتهم على هذه العملية ، على رجال القانون و الأطباء الاتحاد و التضامن عن طريق جمع آراءهم و استعمالها في تحديد الموت ، فرجل القانون لا يمكنه وحده تحديد الموت لأنها حقيقة ظاهرة بيولوجية ينفرد بالعلم بها رجال الطب ، لكن رغم ذلك لا يمكن تركها في يد الأطباء خشية من ذوي الضمائر النائمة ، الذين يمكنهم استغلال ترك هذه المسألة بين أيديهم ، لدى من الواجب وضعها في إطار قانوني تفرض احترامها على الأطباء الذين يخشون قيام مسئوليتهم عند خرقها .

أما بالنسبة للتشريع الجزائري ، فالمشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الثاني السالف الذكر ، و دليل ذلك نص المادة ٧٨ من قانون الحالة المدنية (١) التي جاء فيها ما يلي:
<< قيد الوفاة في سجلات الحالة المدنية و الدفن لا يتم إلا بعد تقديم شهادة الوفاة و سببها ، و أن تكون صادرة من الطبيب أو من ضابط الشرطة القضائية المكلف بالتحقيق في الوفاة >> .

١- الأمر رقم ٢٠/٧٠ الصادر بتاريخ ١٩٧٠/٠٢/١٩ المتعلق بالحالة المدنية ، منشورات وزارة العدل ، طبعة سنة ١٩٧٤ .

و بذلك نرى أن المشرع الجزائري ترك للطبيب سلطة التحقق من الوفاة و سببها و لم يحدد له معايير لذلك ، بل ترك له حرية التقدير ، فلم يعرف الوفاة كما لم يحدد و سائل التحقق منها .

و بالتالي تقودنا دراسة مشكلة الموت إلى معالجة موضوع تعريف الموت ليس على الصعيد البيولوجي فقط و إنما كذلك من وجهة النظر القانونية ، و لكن هل يمكننا صياغة تعريف قانوني للموت ؟

كما أن الموت الذي كان ، حتى وقت قريب ، يعتبر ظاهرة طبيعية بسيطة بالمفهوم الشائع أصبح اليوم ظاهرة معقدة يطرح التأكد منه صعوبات جدية ، و هكذا أصبحت مشكلة ملاحظة الموت أكثر صعوبة و أكثر إلحاحا ، و سوف نكرس هذا المبحث لدراسة هذين الموضوعين .

المطلب الأول :
تعريف الموت

الموت عامة هو انقطاع الحياة ، لكن يجب التفرقة بين موت الشخص و موت الأنسجة ، فهذه الأخيرة تبقى حية لمدة قد تصل إلى ساعتين أو أكثر في بعض الأحشاء أو الأنسجة بعد موت الشخص (١) .

فالتوقف النهائي للقلب و الدورة الدموية و الجهاز التنفسي (الرئتين) كان منذ القديم يعد أساس لتعريف الموت في معظم البلدان ، و من هذا التعريف نستنتج أنه لا يمكن للطبيب إجراء استئصال لأي عضو من جسم شخص إلا بعد التوقف النهائي للقلب و الرئتين ، أي توقف كل العمليات الحيوية في الجسم.

لكن الأخذ بمعيار التوقف النهائي للقلب و الرئتين كأساس لتعريف الموت غير دقيق ، إذ هذا المعيار قد يعبر عن الموت الظاهري الذي عرفه الأستاذ **فيفورو** بأنه:
<< التوقف المؤقت للمقومات الأساسية للحياة : التنفس ، النبض ، خفقات القلب لشخص

مازال حيا لكنه يظهر مظهر الميت ، و لذلك لا يجوز استئصال أي عضو من جسم هذا الشخص لأنه يعتبر حيا >> (٢) .

١- د. مديحة فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، الطب الشرعي و البحث الجنائي ، دار مطبوعات الجامعية لكلية الحقوق الاسكندرية ١٩٩١ ، صفحة ٣ .

٢ - د. ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ١٩٩٣ صفحة ١٩٧ .

كما أن الموت الظاهري يمكن تجاوزه بواسطة وسائل الإنعاش الصناعي أو الصدمات الكهربائية التي قد تعيد القلب للخفقان إذ أن فيه خلايا المخ لا تزال حية ، و بالمقابل قد يستمر القلب و الرئتان في العمل بينما تموت خلايا المخ نهائيا فيصبح الشخص في حالة غيبوبة مستديمة .

بالإضافة إلى كل ما سبق الأخذ بهذا المعيار التقليدي يؤدي إلى استحالة إجراء عمليات نقل الأعضاء التي تستدعي استئصال أعضاء مازالت الحياة تنبض فيها و كذا نقل الأعضاء المنفردة كالقلب و الكبد التي لا يمكن إجراؤها إلا على أموات .

و بالتالي نظرا لعدم صلاحية هذا المعيار و الانتقادات التي وجهت له بدأت مشكلة تعريف الموت بالظهور ، و هذا منذ اللحظة التي اعترف فيها المرء أن الموت ليس ظاهرة فورية و إنما ظاهرة تصيب الأعضاء و من هنا طرح السؤال لمعرفة وقت حدوث الموت ؟

فقد كتب البروفيسور J . HAMBURGER : << لم يعد يظهر الموت كأنه حادثة وحيدة ، فورية ، يصيب بنفس الوقت كل الوظائف الحيوية للجسم ، و قد امتد الموت تحت تأثير الوسائل العلاجية الجديدة عبر الوقت و أصبح ينجز أو يصيب بشكل منفصل و متلاحق مختلف أجزاء الجسم ، فهل يجب علينا قبول تضرر القسم الأخير من الأنسجة نهائيا حتى يمكننا القول أن الجسم قد توقف عن الحياة >> (١) .

هذا المفهوم للموت الذي كان ، قديما ، بسيطا أصبح شيئا فشيئا مشكلة شائكة و متعددة : فهناك موت سريري ، موت ظاهري ، موت بسبب توقف وظائف القلب و التنفس ، حالات مجاورة للحياة و الموت و أيضا موت الدماغ ، و يعتبر هذا الوضع غير مقبول بالنسبة لرجال القانون الذين يحافظون على الحرية الإنسانية و الحقوق ، فيجدون صعوبة في فهم كيف يستطيع حادث فردي كالموت أن يجمع حوله عدة مفاهيم بشكل ينشئ نوعا من الاضطراب الذي يمنع من تحديد واقعة الموت بشكل واضح (٢) .

و بالتالي نقترح ضمن هذه الظروف إثارة في الفرع الأول تعريف الموت من وجهة النظر القانونية ثم في الفرع الثاني تعريفها من وجهة النظر الحيوية و الطبية .

1- J. HAMBURGER, Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2éme congrès international de moral médical, tome 2, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, mai 1966, page 297.

٢ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٠٠ .

الفرع الأول :
التعريـف القانونـي للمـوت

رغم أن الموت الذي يعتبر ظاهرة مخيفة لا يمكـن تجنبـه ، قـد أحـدث عـدة ملاحظات، إلا أن هذه الملاحظات لن تؤد مع ذلك إلى وجود تعريف قانوني للموت .

و هذا راجع إلى أن الظواهر التي تسمح بتشخيص الموت محل تطور طويـل ، وقد أعلن R . DIERKENS عن الحقيقة الوحيدة الثابتة للموت عبر السنين و عبر كل التطورات العلمية كما يلي : << يتوقف الجسم عن الوجود عندما ينجز الموت عمله ، أي عندما تسحب الحياة من الجسم ، ففي هذه اللحظة يتحول الجسم إلى جثة و يتوافق مـوت الجسم إذا مع ولادة الجثة ، فتوجد الجثة ، بقايا الشخص الميت ، منذ اللحظة التي يتوقف فيها الجسم عن الوجود و ذلك بفقدانه أحد العناصر المكونة له أي الحياة >> (١) .

لكن بعد ذلك ، حدث تطور بطيء حاول قدر الإمكان من خلال الوسـائل المتـوفرة تحديد المفهوم المتناثر للموت .

فقد عرف الموت من قبل أصحاب النظرية اللاهوتية على أنه :<< انفصال الروح عن الجسد >> و بالطبع لا يمكن أن يوافق على هذا التعريف لا رجـال القـانون و لا الأطباء حيث أن الروح غير منظورة و لا يمكن الشعور بها أو إدراكها باللمس (٢) .

كما عرفه J. PENNEAU على أنه : " لحظة انعدام الشخصية التي يسبقها انعدام جسم الإنسان نفسه " (٣) .

ثم عرف مجلس الدولة الموت ضمنيا و ذلك في قراره الصادرة بالإجمـاع فـي ١٩٩٣/٠٧/٢ كالتالي : << الموت قانونا هو حالة الشخص الذي تلف جهـازه الـدماغي بشكل نهائي ، نتيجة تطبيق رسم الشرايين و صورة الدماغ الكهربائية المتنوعـة ، فـلا يمكن إذا تطبيق هذا التعريف المعطي للموت إلا على المرضى الموجـودين فـي حالـة الغيبوبة المتجاوزة >> (٤).

1- R. DIERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966, paragraphe 29 et 200.
2- M. BATINGNE, Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, page 414.
3- J. PENNEAUN, Le corps humain, DALLOZ, civil 1992, page 11.
4- L'arrêt du conseil d'état du 02/07/1993, note G.LEBRETON, Le droit, la médecine et la mort, doctrine page 620.

و قد عرف الموت من خلال آثاره على أنه : تلاشي الشخصية و يترتب على ذلك نتائج مهمة تتمثل في تغير في الحالة المدنية و توقف المرء عن كونه شخصا حيث أنـه يعد من أشخاص القانون [١].

كما أراد مشروع القانون الذي قدمه النائب GERBAUD في ١٥ ديسمبر ١٩٧٦ و الهادف لتعريف الموت السريري و السماح باقتطاع الأعضاء لزرعها عنـد أشـخاص آخرين ، تكليف المشرع بتعريف الموت السريري و السماح بعد التحقق منـه باقتطـاع الأنسجة أو الأعضاء ، و قد نصت المادة الأولى : << يعتبر موتا سريريـا كل شـخص مصاب بآفة لا تتوافق مع الحياة و لكنها تمثل ، بواسطة استخدام عدة أجهزة ، حالة من البقاء الانباتي و ذلك عندما تكشف صورة الدماغ الكهربائية توقف عمل المراكز العصبية العليا منذ عشر دقائق على الأقل ، أي عندما يكون أثر رسم موجات الدماغ مستويا >>.

كما تنص المادة الثانية منه : << يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء بدون انتظـار أي مهلة فور التأكد من حدوث الموت السريري من قبل ثلاثة أطباء >> ، و لكن لـم يـتم التصويت على هذا المشروع [٢] .

و بالتالي ، الموت بالنسبة للقانون هو اللحظة التي يختفـي فيهـا الـشخص مـن الوجود، لحظة مجردة يتوقف المرء فيها عن الحياة و تثير هذه الظـاهرة خـلال لحظـة واحدة تغيرات جوهرية على الصعيد القانوني ، و لكن فـي أي لحظـة بالتحديـد تقـع هذه الحادثة ؟

فتحديد لحظة الموت يعد أمرا جوهريا نظرا لزوال الشخـصية القانونيـة للكـائن البشري في هذه اللحظة بالذات ، و بذلك ترسم شهادة الوفاة حدود ، لا يجوز تجاوزهـا، بين المرحلة التي يكون فيها الجسم هو جسم إنسان ، يتوجب على الطب حينئذ العمل على شفائه أو تخفيف آلامه ، و بين المرحلة الأخرى التي تكون فيها الجثة عبارة عـن بقايـا محترمة يمكن الاستفادة منها من قبل الأطباء بهدف المنفعة العلمية أو بهـدف مـصلحة مرضى آخرين دون أن تقوم مسئوليتهم سواء المدنية أو الجنائية [٣].

- -

١ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٠٢.
٢ - لقد سجل هذا المشروع في رئاسة الجمعية الوطنية الفرنـسية تحـت رقـم ٦٢١ بتـاريخ ١٩٧٦/١٢/١٥ ، ملحـق محـضر جلـسة ١٩٧٦/١٢/١٩ .
3- J. SAVATIER, Le problème des greffes d’organes prélevés sur un cadavre, DALLOZ 1968, chron xv, page 92.

و أخيرا نستنتج أنه لا يوجد حتى الوقت الحاضر أي نص تـشريعي أو تنظيمـي ينظم مسألة تعريف الموت حيث يهتم القانون بشكل كبير بوضع موضع التنفيذ إجـراءات التحقق من الموت أكثر من تعريف الموت ذاته (١).

فالعلم و تطوره الواضح يعقد المشكلة باستمرار، و إعطاء تعريف قانوني للمـوت سوف يتم تجاوزه بسرعة فسيصبح بالتالي باليا ، و كل خطوة علمية جديـدة ستعدل المبادئ التي يضعها القانون لتحديد لحظة الوفاة بدقة ، فهناك اتفاق عند الأطباء لاعـلان أن عبء تشخيص الموت يقع على الطبيب ، و عليه فقط ، و يتوجب عليه أيضا معرفـة المعايير الضرورية للتأكد من حدوث الموت .

الفرع الثاني :
التعريـف الطبـي للمـوت

لقد عرف علماء الأحياء الموت بأنه التوقف الكامل و القطعي لكل خلايا العمليات الفعالة للتبادل و التغيير السريري و الذي يسمى << قوة التجدد و الدثور و البناء و الهدم في الكائن الحي >> ، لكن يتكون جسم الإنسان من عدد كبير و متنوع من الخلايا التـي تتجمع ضمن أنسجة للقيام بوظائف متخصصة حيث نشاطات التبادل و التغيير الـسريري و هيكل الكيمياء الحيوية مختلفة جدا الواحدة عن الأخرى ، و يترجم هذا وجود عدة فئات كبيرة لحساسية الخلايا تجاه فقدان الأوكسجين ، فخلايا الدماغ تموت خلال ثلاثة دقائق من نقص الأوكسجين ، خلايا الكبد خلال عشر دقائق ، خلايا الكلية خلال عـشرين دقيقـة ، خلايا القلب من أربعين إلى ستين دقيقة و خلايا الجلد بعد عدة أيام .

كما عرف الموت من قبل PAILLAS على أنه : << هو عملية في اتجاه واحـد أي غير قابل للشفاء و يتكون من التوقف المتلاحق لعدة أنواع من الحياة تؤمن كل واحدة منها عمل عضو أو أنسجة أو خلايا >> (٢) .

و ينضم هذا التعريف إلى تفسيرات البروفيسور J. BERNARD : << يمكـن أن تشوش الفوضى مبدئيا إحدى الوظائف قبل أن تمتد إلى الوظائف الأخرى ، و توقف كل مقاومة سواء كانت متلازمة بالنسبة لكل الوظائف أو متلاحقة بشكل سريع ، بحيـث

تكون شبه متلازمة ، و لا تتوقف خلايا أنسجتنا عن التوالد من حياة و مـوت و همـا لا يرتبطان فقط بالسلسلة الكبيرة التقليدية و إنما هما متداخلين في كل جسم ، فحياة و موت

1- J.P. CACHERA, Le diagnostic de la mort et les prélèvements d'organes Cahiers Laennec, septembre 1970, page 15 et suivantes.
2- PAILLAS, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille médical n°5,1970, page 205.

أحد الأجزاء لا يعيق أبدا استمرار الحياة ، و حياة أحد الأجزاء و استمرار عمل الوظائف الحيوية المحدودة لا يمنع الموت ، و يجب تنسيق نوعين من المعطيات : استمرار حيـاة بعض الأعضاء و حدوث الموت ، و ينتج عن هذا الاتفاق إعطاء تعريف عـام للمـوت، اختيار المعايير الموضوعية للموت و الإجراءات القانونية الواجبة التطبيق >>(١) .

و يمكن القول أن الأطباء لا يعرفون الموت بل يكشفون عن إشاراته و عن أسبابه الظاهرة فالطبيب يتعرف على الآلية المرضية أو الطبيعية المؤدية إلى الموت دون أن يستطيع السيطرة عليه.

و من الملائم تمييز الموت الطبيعي عن الموت الناتج عن حادث ، و يحدد ذلك الفرق البروفيسور HAMBUGER كالتالي : << الموت هو أولا ، ظاهرة طبيعية للحياة ، و بالدرجة الأولى ، فالحادث الذي يصيب جميع أنواع الكائنات الحية بدون استثناء ليس حادثا و إنما هو قانون ، و الزمن الذي يمضي بين الولادة و بين هذا الحادث هو بالتأكيد مختلف جدا من كائن لآخر ، و إن كان أقل اختلافا ضمن نفس النوع إلى حد يمكن القول أن ساعة هذا الموت هو من ميزات هذا الكائن ، أربعة و عشرون ساعة بعد الولادة بالنسبة لذبابة مايو و مئات السنين بعد الولادة بالنسبة للفيل ، صحيح أن موت شخص كبير السن لا يأخذ دائما ظاهرة حادث فجائي ، فالشخص يموت بسبب قصور القلب أو بسبب زكام حاد أو بسبب انغلاق المجاري التنفسية ، ولكن من يستطيع أن يؤيد جديا أنه يتعلق بشيء آخر غير و سائل متعددة لنفس الظاهرة الحتمية التي لا مفر لها ...... و عن طريق تدخل سلسلة من الظواهر التي بقيت بحاجة إلى تعريف ، يبدو موت الشخص منذ الآن كأنه النتيجة الحياتية الطبيعية لولادته ، و كل ما هو غير ذلك ينشئ الموت الناتج عن حادث الذي يحدث قبل وقته ، حادث إضافي كمرض طفل ، مرض بالغ أو مرض يصيب الشخص الطاعن في السن قبل ساعة المحددة تبعا للمجرى الطبيعي للأمور ، و يجب أن يتوجه نضالنا الحالي ضد الموت إلى الموت الناجم عن حادث >>(٢).

و بالتالي يمكن القول أن التشخيص المبكر للموت لا يستند على أي علامة مميـزة لمرض معين (pathognomonique)(٣) يكون حاسما بشكل قطعي ، و إنما يستند على مجموعة قرائن مع إمكانية حدوث أخطاء .

1- J. BERNARD, Grandeur et tentation de la médecine, édition Buchet-Chastel 1973, page 253 et suivantes.
٢- J. HAMBUGER, La puissance et la fragilité, Flammarion 1972, page 51
٣ - Pathognomonique : تعني الأعراض الخاصة بكل مرض و الذي يعطي التأكد منها تشخيصا محددا .

فالموت ليس لحظة محددة ، كما يريده رجال القانون ، بل هو ظاهرة مستمرة لا تصبح مؤكدة إلا بعد التأكد من طابعه القطعي غير المعكوس ، فالانتقال من الحياة إلى الموت هو عملية مستمرة تستولي عادة على المراكز الدماغية الحيوية ، النفسية و القلبية ليشمل فيما بعد ، كل الأنسجة و الأعضاء (١) .

و يميز البعض عادة ثلاثة مراحل : (٢)

١- حالة الموت الوظيفي الذي يصيب الوعي ، التنفس ، جريان الدم ، و الذي يسمى موت سريري مع توقف الوظائف الحيوية ، و لكن يستطيع المريض في تلك المرحلة أن يأمل العودة للحياة .

٢- حالة الموت الظاهري الذي يتم لبضع دقائق و التي يمكن خلالها اللجوء إلى الإنعاش الاصطناعي .

٣- حالة الموت النسيجي الحقيقي حيث تفقد الأنسجة حيويتها تبعا لمقاومتها الخاصة للحرمان من الأوكسجين .

نتيجة لما سبق ، الموت في الحقيقة هو خلاصة عدة أنواع للموت الجزئي ، و يجب على الطبيب أن يعرف من بينها نقطة عدم الرجوع للحياة ، و إن كان هناك بالطبع صعوبة في تحديد هذه اللحظة بدقة ، و إذا كان مقبولا عالميا أن الموت هو تخريب الدماغ بحيث لا يمكنه العودة للحياة مجددا ، فان الحدود بين الحياة و الموت بقيت بالطبع غير محددة ، و ينتج عن ذلك مشاعر الفوضى و عدم الأمان عند أفراد الشعب و كذلك عند رجل القانون ، و لهذا ظهرت الحاجة الملحة لوضع معايير تستطيع تأكيد التخريب العصبي غير المعكوس .

هذا بالنسبة لتعريف الموت ، و سنتطرق فيما يلي في المطلب الثاني إلى مشكلة التحقق من الموت .

----
١ ، ٢ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٠٧ .

المطلب الثاني :
التحقـق مـن الوفـاة

في الحقيقة هذه المشكلة مثل مشكلة زرع الأعضاء حديثة نسبيا ، إذ أن التحقق من الموت لم يطرح منذ زمن طويل أي صعوبة تقنية ، فقد اعتبر البعض أن مجـرد رؤيـة الجثة كافي للتأكد من الموت ، فيكفي الانتظار عدة ساعات حتى يبـرد الجـسم الجامـد و يأخذ قسوة الجثة (١).

لكن بعد التطور الحاصل وظهور تقنية زرع الأعضاء التي تـستدعي استئـصال أعضاء مازالت الحياة تنبض فيها ، مع افتراض أن يكون هذا الشخص الـذي يـستأصل العضو منه ميتا ، اصبح من الضروري تحديد لحظة الموت بدقة حتى يـتمكن الجـراح بشكل مشروع من إجراء اقتطاع الأعضاء لزرعها عند مرضى آخرين .

إذن ، تعتمد فعالية زرع الأعضاء على اقتطاعها بشكل مبكر، و لـذلك فمعرفـة اللحظة التي يعتبر فيها الشخص ميتا أساسية ، حيث يسمح بعد ذلك باقتطاع الأعضاء من الجثة ، مع ذلك كي يكون اقتطاع الأعضاء مشروعا و أخلاقيا يجب أن يكون الموت قـد وقع بالفعل ، و بالتالي فمن الضروري تحديد معايير الموت ، و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب ، إلا أنه بالإضافة إلى تقنية زرع الأعضاء التي أدت إلـى ظهور مشكلة تحديد لحظة الوفاة ، أدى التطور المستمر في الميدان الطبي إلى اكتـشاف وسيلة فنية جديدة في مجال الطب متمثلة في أجهزة الإنعاش الصناعي التي بالرغم مـن إيجابياتها إلا أنها طرحت إشكاليات عديدة من بينها حدود هذه التقنية ، و هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني .

الفرع الأول :
معاييـر تحديـد حالـة الوفـاة

تنقسم معايير تحديد حالة الوفاة إلى فئتين : المعايير القديمة و المعايير الحديثـة ، و سنتطرق فيما يلي إلى كل فئة على حدى(٢) :

١- أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٢٠٨ .
٢- أنظر : نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ إلى ١٩٤ .

١ المعايير القديمة لتحديد الوفاة :

انه لمن المفيد معرفة المعايير القانونية لتعريف الموت ، لكن رجل القانون كما قلنا سالفا ليس مؤهلا لاعطاء مثل هذا التحديد لذلك يجب الرجوع الى الطبيب الذي يقوم بتشخيص الموت .

١,١. المعايير القانونية :

بالرجوع إلى القانون الجزائري ، نجد أن المشرع اعتبر مسألة تحديد لحظة الوفاة من اختصاص الطب ، كما ذكرناه سالفا ، لكن هذا لم يمنعه من تنظيم مسألة الوفاة في بعض القوانين نذكر منها :

١,١,١. قانون العقوبات :

ففي مواده ١٥٠ إلى ١٥٤ تناول المشرع الجرائم المتعلقة بالمدافن حيث اعتبرت هذه المواد ضمن جرائم انتهاك حرمة المقابر و المساس بالجثة أو إخفائها(١) .

١,١. ٢. قانون الحالة المدنية :

* نجد فيه نص المادة ٧٨ التي تنص على أنه لا يمكن لضابط الحالة المدني ان يسلم ترخيص بالدفن إلا بعد الحصول على شهادة صادرة من الطبيب المكلف بالتأكد من حالة الوفاة .
* كم نجد المادة ٨٠ من نفس القانون تنص على البيانات التي يجب أن يتضمنها الترخيص .
*أما المادة ٨١ فقرة ٢ من نفس القانون تنص على ضرورة إخطار ضابط الحالة المدنية في خلال مدة ٢٤ ساعة بعد حدوث وفاة في المستشفيات أو المؤسسات العمومية الأخرى.
* أما الفقرة الثالثة من نفس المادة (٨١ من قانون الحالة المدنية) تنص على ضرورة تنقل ضابط الحالة المدنية بنفسه للتأكد من الوفاة و يحرر بعد ذلك شهادة الوفاة بعد تجميعه البيانات الخاصة بالمتوفى .

١,١. ٣. قانون حماية الصحة و ترقيتها :

فنجد قبل تعديله المادة ١٦٤ / ١ منه تنص على ما يلي : **<< لا يجوز انتزاع الأنسجة من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة ، و حسب المعايير العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية >> .**

----

١ - أنظر المواد من ١٥٠ إلى ١٥٤ من قانون العقوبات الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ١٩٩١.

فنلاحظ أن تحديد لحظة الوفاة يكون عن طريق المعايير العلمية التي يحددها وزير الصحة ، فعلى هذا الأخير وضع تعريف للموت حسب المقاييس العلمية التي توصل إليها الطب ، وبذلك اعتمد الأطباء في تحديد الوفاة على إمكانياتهم الخاصة مع نقص في الوسائل المادية التي يتطلبها التطور في مجال الطب ، فبقي الأطباء في الجزائر يعتمدون على العلامات التقليدية في تحديد الوفاة كتوقف عمل القلب و الرئتين.

لكن نظرا لظهور مشاكل قانونية في مجال زراعة الأعضاء البشرية أصبح هناك فراغ قانوني في هذا المجال ، لدى كان من الضروري الوصول إلى حل لملئ هذا الفراغ .

و نتيجة لذلك وجهت انتقادات للتشريع الجزائري في هذا المجال من بينها نذكر ما يلي (١) : << ليس في وسعنا هنا إلا أن نأسف على أن القانون امتنع عن تحديد الأدلة العلمية لاثبات الوفاة ، أو على الأقل إحالتهم ليس إلى قرار بسيط من قبل وزارة الصحة ، لكن إلى مرسوم تنفيذي يعطي لهذا الإجراء أساسا شرعي أكثر علاقة بمصالح المعنيين المتعلقة بالحقوق الأساسية للأشخاص ، التي لا يمكن أن تنظم بواسطة قرارات إدارية بسيطة >> .

لهذا اقترحت عدة مشاريع تعديل قانون حماية الصحة و ترقيتها خاصة فيما يتعلق بمسألة تحديد الوفاة ، حيث من بين ما جاء في عرض أسباب تعديل المادة ١٦٤ من قانون حماية الصحة و ترقيتها ما يلي (٢) : << حرصا على التقليل من حالات وقوع الخطأ أثناء التأكد من الوفاة ، و التي تتطلب وجود أجهزة علمية متطورة و ذات تكنولوجيا عالية ، القليلة الوجود أو المنعدمة تماما في مناطق كثيرة من أرجاء الوطن ، الشيء الذي يجعل عملية التأكد من الوفاة و إثباتها عملية صعبة إن لم نقل مستحيلة ، يكون التأكد من الوفاة معتمدا فقط على بعض المؤشرات التقليدية المعروفة ، نبضات القلب ، برودة الجثة ، العينين ، و هي ليست في حقيقتها دليلا قاطعا على الوفاة الحقيقية كتوقف الدماغ ، إن تحديد المقاييس من طرف وزير الصحة كثيرا ما يعتمد على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها عندنا ، نظرا الأسباب السالفة الذكر، لدى نرى ضرورة إسناد مهمة تحديد المقاييس إلى خبراء على المستوى الوطني يتولى عملية تطبيقها اللجان الطبية المحلية ......>> (٣) .

1- Observation sur le dispositif, deuxiéme partie, EL WATAN le 29/02/1996.

٢- المادة ١٦٤ من القانون رقم ٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .

٣- اقتراح تعديل المادة ١٦٤ ، تاريخ الايداع ١٩٩٠/٠٦/٢٦ ، المجلس الشعبي الوطني .

و قد تم تعديل المادة ١٦٤ و تبسيط إجراءات الموافقة على أخـذ الأعـضاء مـن الأشخاص المتوفيين و إنشاء مجلس وطني لآداب مهنة الطب (١) .

لكن رغم هذا التعديل للمادة ١٦٤ الوارد في القانون رقم ٩٠/ ١٧ المـؤرخ فـي ٣١ يوليو ١٩٩٠ إلا أن المشرع الجزائري لم يقم بإعطاء تعريف للوفـاة ، بـل اكتفـى بإنشاء مجلس وطني لآداب مهنة الطب أسندت إليه مهمة تعريف الوفـاة ، وبـذلك بقـي الفراغ القانوني الذي كان يشوب قانون حماية الصحة و ترقيتها قبل تعديله على مـا هـو عليه ، فلم يتمكن القانون المعدل له من ملئ هذا الفراغ ، لذلك ينبغي أن يتضمن التشريع الجزائري نص قانوني يعرض فيه الوفاة على أنه التوقف التام و النهائي لجميع وظـائف المخ مع ترك معايير التحقق من ذلك للأطباء من أجل مسايرة التطور العلمـي ، فتكـون هذه المعايير متعلقة بأخلاقيات مهنة الطب أكثر من تعلقها بالقواعد القانونيـة ، و ينفـرد بوضع هذه المعايير المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب ، و هذا ما يؤدي حتما لوجود تكامل بين رجال الطب و رجـال القـانون مـن أجـل هـدف مـشترك هـو حمايـة مصلحة الإنسان .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي ، نجد المادة ل ٧ - ٦٧١ من قانون الصحة العامـة المؤرخ في ٢٩ جويلية ١٩٩٤ التي تنص على ما يلي(٢) : **<< لا يمكن أن يتم اقتطـاع الأعضاء من شخص ميت ..... إلا بعد التأكد من حدوث الموت استنادا للشروط المحددة بمرسوم مجلس الدولة >>** ، و بالتالي هذا القانون لم يأتي بأي تعديل على قواعد براهين الوفاة قبل اقتطاع الأعضاء ، و إنما هو يعطي فقط أساسا تشريعيا للنصوص الموجـودة سابقا في المادة ٢٠ من المرسـوم المؤرخ في ٣١ مارس١٩٧٨ و التـي جـاء فيهـا : **<< يجب أن يتبع الأطباء الذين يحررون شهادة الوفاة من ناحيـة ، و أولئـك الـذين يقومون باقتطاع و زرع الأعضاء من ناحيـة أخـرى ، وحـدات وظيفيـة أو خدميـة مستقلة >>** (٣).

و قد كتب J. SAVATIER: << لا يمكن أن يتولى القانون مهمة تعريف الموت و لكنه فقط يفرض على الأطباء بعض التحريات و ينص على بعض الإجـراءات حتـى يستطيعون تقرير حقيقة الموت >> (٤) .

----

١ - بموجب القانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٩ محرم ١٤١١ هـ الموافق لـ ٣١ يوليو ١٩٩٠ يعدل ويتمم قانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ المتعلق بقانون حماية الصحة و ترقيتها .

٢ – القانون رقم ٩٤/٦٥٤ المؤرخ في ١٩٩٤/٠٧/٢٩ ، و المتضمن قانون الصحة العمومية الفرنسي ، الجريدة الرسمية الفرنسية المؤرخة في ١٩٩٤/٠٧/٣٠ .

3- J.SAVATIER, Les problèmes sur le corps humain au profit d'autruit, les petites affiches, n° 149, 01/12/1994, page 10.

4- J.SAVATIER, «Et in hora mortis mostrae », Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, chronique xv, DLLOZ 1968 , page 92.

و بالتالي ، إذا كان يوجد قوانين تهدف للتأكد من حقيقة الموت فانه لا يمكن إعلانه إلا بفضل تعاون الأطباء الذين قاموا بتشخيصه .

١. ٢. التشخيص الطبي :

نظرا إلى أنه لا يوجد تعريف علمي يستطيع تحديد اللحظة الحقيقية لموت شخص التي لا تتفق بالضرورة مع اللحظة الحقيقية لموت الخلايا ، فانه من الصعب الوصول إلى تشخيص طبي للموت ، و لكن إذا كان يوجد تدرج لموت الأعضاء فان توقف القلب يشكل الظاهرة الجوهرية له (١) .

و يمكن تمييز إشارات تشخيص الموت إلى فئتين (٢) :

العلامات السلبية للموت و هي نسبية ، لأنه يمكن العودة أحيانا للحياة و تشهد توقف مجموع الوظائف الحيوية للجسم ، ثم **العلامات الإيجابية للموت** و التي تحصل تبعا لظواهر الجثة الأكثر تأخرا .

١,٢,١. العلامات السلبية للموت : و هي :

- إلغاء أي نشاط للتنفس الذي يوضح إما باختبار المرآة أمام الفم ، فإذا لم يشوش البخار وجه المرآة فيمكن استنتاج توقف التنفس ، أو بعدم تحرك ريشة عند وضعها أمام الفم أو الأنف و أيضا بعدم تحرك سائل موضوعا في حقنة على الصدر أو البطن (٣) .

- اختفاء أي نشاط للجهاز العصبي المركزي : حيث يلاحظ المرء بداهة فقدان الوعي و الحساسية و القوة المحركة الإرادية و غير الإرادية ، و يؤدي اختفاء القوة إلى فقدان حيوية العضلات لانخفاض الفك عند الإنسان و أحيانا لارتخاء العضلات العاصرة و يؤدي تمدد عضلات الحدقة لتمدد الحدقتين ، و يلاحظ أيضا اختفاء رد الفعل أو المرونة و تكون العيون شبه مفتوحة و النظر ثابت و تصبح المقلتين مفلطحتين و تفقدان نقاءهما، و يجب التنويه أن وجود إحدى هاتين الدلالتين لا يمكن أن يعتبر دليلا مؤكدا على وقوع الموت (٤) .

1-C.T.BONIFACE, Datation de la mort, méthodes actuelles, thèse médecine, Strasbourg 1985, page 1.

٢ - أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٣ .
٣ - د. مديحة فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، الطب الشرعي و البحث الجنائي ، دار المطبوعات الجامعية لكلية الحقـوق الاسـكندرية ١٩٩١ ، صفحة ٤ .
٤ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٤ .

ـ توقف دوران الدم : يتجلى بتوقف القلب عند كشفه بالسمع ، و يمكـن كـشف وقـف دوران الدم من خلال اختبارات يجب أخذها أيضا بعين الاعتبار لتأكيد الموت :
أولا : بسبب الخوف من دفن الشخص حيا .
ثانيا : بسبب قواعد اقتطاع الأعضاء التي تتطلب قيام طبيبين بفحص و تصديق الموت.

و يمكن التأكد من وقف دوران الدم عن طريق الطرق العلمية ، مثلا :

ـ طريقة استئصال الشريان : فيكون الموت حقيقيا عندما يتم استئصال الشريان الأساسي أو الصدغي فيلاحظ المرء عندئذ توقف جريان الدم ، و إذا كانت الحالـة كـذلك فيجـب إجراء فحص ثان بإجراء جرحين على جزأين من الأعضاء.

ـ طريقة ايكارد << icard >> أو اختبار الفلوروسيئين (مادة ملونة صفراء) :
و تتألف من حقن ماء مضافا له فلور نشادي أو صوديوم ضمن الوريد ، فإذا كان الموت ظاهريا فان غشاء العين يتلون بلون أصفر ضارب إلى الخضرة بعد حوالي نصف ساعة و يصبح جلد الإنسان أصفر بشكل متأخر ، و كذلك البول بعد ساعة أو ساعتين من الحقن الوريدي أما إذا لم يحدث هذا فيمكن إعلان الموت .

و من الملاحظ أنه يجب مبدئيا استخدام هاتين الطريقتين بشكل متلازم (١) .

ـ طريقة إشارة الأثير << سائل التبخر و الاشتعال >> : يمكن أن تحل هـذه الطريقـة محل الفلوروسيئين ، حيث يجري حقن الأثير تحت الجلد فينتشر السائل ضـمن أنـسجة الجسم إذا كان موت الشخص ظاهريا ، أما إذا كان الموت حقيقيا فان السائل يخرج بمجرد سحب الإبرة من جسمه (٢) ، و تمثل هذه الطريقة التي يعتبر تطبيقها أسهل مـن اختبـار الفلوروسيئين ، قيمة أقل تأكيد و لذلك يجب أن يضاف إليها إجباريا استئصال الشريان (٣).

ـ طريقة سجل القلب : يصبح تحريك الإبرة بالخفقان بعد وقوع المـوت غيـر ممكـن و لا يسمح بهروب الدم (٤) .

\- - - - - - - - - - - - - - - - - - -

١- و قد ذكرت هاتين الطريقتين في القانون الفرنسي عن طريق المنشور المؤرخ في ١٩٤٨/٠٢/٠٣ الذي أرسل ألي كل ولاة المقاطعـات و رؤساء الصحة الإقليميين .
2- P.J.DOLL, La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain, 1970, page 197.
٣- و قد ذكرت هذه الطريقة في القانون الفرنسي عن طريق المنشور المؤرخ في ١٩٥٨/٠٩/١٩ .
٤- أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٤ .

ـ طريقة علامة الحوصلة (١)**:** يقوم المرء بتعرية مقدمة اليد و تمديدها أفقيا ، ثـم يـدير وجهها الداخلي على مسافة كافية من الأرض حتى تستطيع يد الجراح و مصدر الحـرارة العمل بحرية بين ذراع الشخص و الأرض ، و يجب تثبيت الجو المحيط قدر الإمكان ثم يوضع لهب الشمعة على ذراع الشخص ، و من الملائم في هذه اللحظة متابعـة النظـر لمكان اليد الملامسة للهب الشمعة .

في الواقع ، و بعد حوالي عدة ثواني سيرى المرء فجأة حدوث انتفاخ للجلد الذي سينفجر مع بعض الضجة و إذا تم فحص المكان ، فيما بعد ، فيلاحظ وجود دائرة تكـون فيها البشرة متحسسة ، و مباشرة ، يمكننا توقع ما سوف يحدث إذا أجرى اختبار مماثـل عند شخص حي ، حيث سيحدث فقاعة بمضمون قاسي أو سيحدث بالطبع ندبة ، و لكنـه لم يحدث أبدا فقاعة غازية لأن هذه الفقاعة لا يمكنها أن تنفجر إلا بعـد وفـاة الـشخص و توقف دوران الدم (٢) .

١. ٢,٢. العلامات الإيجابية للموت :

هذه العلامات ترجع لظاهرة وجود الجثة التي تشكل العلامات المؤكـدة للمـوت ، وتسمح هذه العلامات التي تطورت بالتوازي مع تطور الزمن بتقـدير زمنـي للمـوت ، وتتمثل هذه العلامات فيما يلي :

ـ برودة الجثة : و بشكل عام ، تبلغ الحرارة ٢٥ درجة مئوية بعد سـاعتين أو ثـلاث ساعات ، ٢٣ درجة مئوية بعد الموت بست ساعات ، ٢٢ درجة مئوية مـن سـت إلـى ثماني ساعات و عشرين درجة مئوية بعد حوالي اثنتي عشر ساعة من الموت ، و متـى نزلت درجة حرارة الجسم تحت ١٠ درجة مئوية تصبح عودة الجسم إلى الحياة مستحيلة (٣)، و بديهيا ، هذه البرودة الناتجة عن توازن حرارة الجسم مع البيئـة المحيطة و مع عوامل تغير سرعة التوازن سوف تعتمد على عوامل مثل بدانة الشخص، لباسه ، تيـار الهواء، البيئة و أخيرا على الحرارة (٤) .

ـ دكنة الجثة : يعقب الوفاة عادة بهتان شديد في اللون بسبب انقطاع الدورة الدموية ، إلا أن اللون قد يتغير إلي أحمر قاني في حالات التسمم بأول أكسيد الكربون أو الموت مـن

- -
١- الحوصلة : قارورة نفية تتكون من انفصال البشرة و باطن الجلد الموجود تحت البشرة و يملأ بمصل و تتميز الحوصلة بحدوث احتراق من الدرجة الثانية .
2- M. BATIGNE, Les greffes en droit pénal, thèse Montpellier 1980, page 432 .
٣- د. مديحة فؤاد الخضري ، المرجع السابق ، صفحة ٥ .
٤- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٥ .

البرد و قد يكون مزرقا في حالات الاسفكسيا (١) ، و تظهر دكنة الجثة خلال الساعات الأولى التالية للموت و تصبح في أقصاها بين الستة إلى الاثنتي عشر ساعة و تستمر بالتحرك و لا تصبح ثابتة إلا بعد ثلاثين ساعة من وقوع الوفاة .

ـ قسوة الجثة : تظهر بعد وقوع الموت بست ساعات ، و تعطي بسبب سيطرة بعض المجموعات العضلية انحناء بمستوى الأعضاء العلوية و اليدين ، و امتدادا بمستوى الأعضاء السفلية و القدمين ، و تؤدي أيضا إلى انقباض الحدقة و حدوث تغوط جزئي و كذلك انقباض العضلات العاصرة الملساء ثم تتلاشى تدريجيا بنفس الطريقة التي ظهرت بها ، و يتغير تطوره تبعا للحرارة التي تحيط سرعة الانحلال الذاتي و تعفن الجثة (٢) .

ـ جفاف الجثة : يصبح باطن الجلد العاري جافا و قاسيا و يميل للاسمرار ثم تطرأ عليه تعديلات على العينين حيث ينقص توتر المقلتين و تظهر البقع السوداء المتصلبة و الغشاوة المخاطية للقرينة باستثناء الغرقى .

ـ تعفن الجثة : هو انحلال الأنسجة بعد الوفاة تحت تأثير الميكروبات و يبدأ عادة بعد أربعة و عشرين ساعة في الصيف و ثمانية و أربعين ساعة في الشتاء بشكل اخضرار بمقدم البطن و الصدر و تتمدد الأوعية و تظهر واضحة بلون غامق و يمتد بعد ذلك إلى باقي أجزاء الجسم (٣) .

لكن الموت تغير حاليا و أصبح يمتد عبر الوقت و يصيب على التتابع كل أجزاء الجسم، فهل يجب انتظار موت كل خلايا الجسم من أجل إعلان الموت ؟

يقودنا الجواب على هذا السؤال لرؤية المعايير الحديثة للموت .

٢. المعايير الحديثة لتحديد الوفاة

لقد أصبحت الموت ظاهرة أكثر تعقيدا و أصبحت تطرح الحدود الفاصلة بين الحياة و الموت بمقدار تطور زرع الأعضاء ، لذلك من الملائم التمييز بين عدة مفاهيم للموت : كالموت الظاهري ، الغيبوبة الطويلة ، الغيبوبة المتجاوزة و الموت الدماغي .

- -

١- د. مديحة فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، المرجع السابق ، صفحة ٥ .
2- C.T.BONIFACE, OP. CIT, page 4.
٣- د. مديحة فؤاد الخضري ، أحمد أبو الروس ، المرجع السابق ، صفحة ١٢ .

٢. ١. الموت الظاهري : هو الشخص الذي يكون جسمه في حالة الموت و هو مع ذلك قابل للرجوع إلى الحياة ، و يعرف البروفيسور vigoureux الموت الظاهري بأنه : << الاختفاء المؤقت لمعايير الحياة الأساسية كالتنفس ، نبض و خفقان القلب و الضغط الدموي عند شخص لا يزال على قيد الحياة و إن كان يأخذ شكل الموت >> (١).

فتوقف دوران الدم و التنفس هي علامات بديهية للموت و لكنها ليست مطلقة ، لأنها تقبل الرجوع إلى الحياة ، فعلى الطبيب في هذه الحالة تجريب أجهزة الإنعاش مادام يوجد فرصة و إن كانت بسيطة للعودة للحياة ، و بالتالي اقتطاع عضو من مريض في حالة موت ظاهري يوازي قتله ، و هذا يرتب مسؤولية الطبيب سواء المدنية أو الجنائية.

٢,٢. الغيبوبة : تعبر عن ضرر يصيب الجهاز العصبي ، و يتمثل في حدوث اضطرابات في الوعي عند شخص يبقى محتفظا بالحياة الانباتية التي تبقى مؤمنة بواسطة الأعضاء الحيوية الأساسية لكل حياة ، كالتنفس و ضغط الدم ، في حين تختفي حياة الاتصالات التي يحكمها الدماغ كالحركة و الشعور و اليقظة ، و يمكن تميز نوعين من الغيبوبة ، الأولى هي حالة الغيبوبة الطويلة و الثانية الغيبوبة المتجاوزة :

٢,٢. ١. الغيبوبة الطويلة : هي التي تتجاوز مدتها ٣ أسابيع دون أن يعطي المريض أي دلائل على الوعي ، فلا حركة و لا شعور و لا رد فعل ، إلا أن العودة للوعي ممكنة حتى بعد تجاوز الغيبوبة عدة شهور ، إذ أن المريض يبقى محتفظ بحياته الإنعاشية المتميزة بالتنفس و دوران الدم و التنظيم الحراري .

ويجب الذكر في هذا الصدد حالة الفتاة الأمريكية KAREN ANN QUINLAN التي دخلت في غيبوبة امتدت عدة شهور و تضمنت حياة نباتية فقط اقتصرت على رد فعل محدد للجهاز العصبي بدون وجود أي علامة للوعي ، و عندما شاهد والديها ملامح الموت عليها طلبوا من الأطباء وقف جهاز الإنعاش ، فرفضوا ذلك ، عندها قاما والديها برفع دعوى أمام القضاء حيث وافقت المحكمة العليا في نيوجرسي بتاريخ مارس ١٩٧٦ على طلب الأهل ، فتم عند إذن إيقاف جهاز الإنعاش على مراحل ، و إذ تتنفس كارين طبيعيا و عفويا و لم تعد تحصل إلا على غذاء ذو قدرة عالية ، ماء ، صوديوم، بوتاسيوم و حقن مضادة للالتهابات لحمايتها من الإصابة ببعض الأمراض المحتملة ، فلم يتضرر الجزء الدماغي الذي يحرك التنفس و دوران الدم ، وكما يؤكد البروفيسور GAULON الأول الذي عرف

الغيبوبة الطويلة سنة ١٩٥٩ ، لازالت KAREN على قيد الحياة لأن دماغها لـم يمـت قطعيا ، و يثبت ذلك فعليا التنفس العفوي لكارين اليوم (٢) .

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٦ .

2- Dans l'Express, du 12-20 juin 1976, page 104-105.

و بالتالي المريض في الغيبوبة الطويلة لا يمكنه أن يكون أيضا محـلا لاقتطـاع الأعضاء ، لأنه لا يمكن أبدا إثبات عدم رجوعها للحياة بشكل قطعي .

٢,٢,٢. الغيبوبة المتجاوزة : في عام ١٩٥٩ تم وصف هذه الحالة الخاصة جدا من قبل MOLLARET و تلميذه GOULON رائدي الإنعاش الطبي ، فهـذه الحالـة تحدث عند أشخاص أصيبوا بتلف دماغي سريع في بضعة دقائق أو عدة ساعات و ذلـك تبعا لرضوض شديدة في الجمجمة أو اعتداء ، أو انتحـار أو رصاصـة فـي الـرأس أو لانقطاع الأوعية داخل الدماغ ، و رغم كل هـذا يستمـر في هذه الحـالة القلـب لدى من الصعب و صفها فورا بالموت ، أما العضلات التنفسية و خاصة تلك التي يحكمها الدماغ فتتوقف عن العمل و بذلك يتوقف التنفس .

لكن لا يستمر القلب بالخفقان إلا عدة ساعات ثم يتوقف ، إذ عدم رجوع الجهاز العصبي المركزي للحياة يؤدي إلى كل الحركات المنظمة للجسم بالخلل (١) .

يعتقد الأطباء أنه إذا تأكدت الغيبوبة المتجاوزة خلال ٤٨ ساعة على الأقـل بكـل وسائل التحويلات السريرية و غير السريرية فيمكن إعلان الموت طبيا ، و بذلك يمكن أن يصبح بعد إعلان الموت ذلك الشخص محلا لاقتطاع الأعضاء دون أن يترتب عن ذلـك مسؤولية الطبيب .

٢,٢. ٣. الموت الدماغي : هو حالة مرضية للجسم تمنع الدماغ من تـأمين أي وظيفة طبيعية له ، فهو يتوافق مع تخريب كامل وقطعي للدماغ يـصيب بـنفس الوقـت الجذع الدماغي و نصف كرة الدماغ رغم نشاط القلب العفوي الذي يتطور إلـى التوقـف الوشيك الوقوع الذي لا يمكن تجنبه بالنسبة لكل وظائف الجسم بما فيها التوقف النهـائي للقلب بين ٢٤ ساعة و ٤٨ ساعة غالبا (٢) .

و الموت الدماغي هو المعيار المقبول بشكل شائع لتعريف حالة لا تقبـل العـودة للحياة من جهة النظر الطبية و القانونية.

- -

1- C. CABROL, Passé, présent et futur des transplantations d'organes, la presse médicale, octobre 1993, 22 n° 32 page 1504.

٢- د.أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

الفرع الثاني :
الإنعـ ـاش الاصطنـ ـاعي

لم تطرح مسألة الوفاة أي أشكال إلا بعد التطور المستمر في الميدان الطبي الذي أدى إلى اكتشاف وسيلة طبية جديدة ، تتمثل في أجهزة الإنعاش الصناعي الهادفة إلى الحفاظ على حياة المريض الذي توقف قلبه ، و ذلك عن طريق أجهزة صناعية تعيد للقلب و الجهاز التنفسي نشاطهما ، بحيث يؤدي ذلك في بعض الأحيان لاسترداد الإنسان وعيه كاملا و يستعيد وظائفه الأساسية .

لكن بالرغم من إيجابيات هذه الوسائل الجديدة إلا أنها طرحت إشكاليات عديدة من بينها :

- متى يعتبر وقف أجهزة الإنعاش الصناعي مسموح قانونا ؟
- هل يمكن اللجوء أو متابعة محاولات الإنعاش ليس من أجل علاج هذا الشخص و لكن من أجل المحافظة على القيمة الحيوية للعضو الذي سيقتطع من هذا الشخص لزرعه عند أحد المستفيدين ؟

و قبل التطرق لدراسة الإشكاليات التي يطرحها الإنعاش الصناعي نتطرق إلى تعريفه .

الإنعاش الصناعي هو مجموعة من الوسائل و الإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما ، قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض ، و ذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت ، أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل هذه الوسائل (١) ، كما يمكن تعريفه أنه العناية المركزة أو المكثفة أو الحفاظ على الحياة بوسائل صناعية ، و يتم العمل بوسائل الإنعاش في غرفة العناية المركزة في المستشفيات (٢) .

لكن رغم هذا لا يمكن القول أن الإنعاش الصناعي تعريف جامع مانع لأنه خاضع بدوره للتطورات العلمية المستمرة .

و من الحالات التي تعالج بطريقة الإنعاش الاصطناعي نجد :

-حالات شلل الأطفال
-حالات التسمم بالمخدرات و المنومات و المهدئات

- -
١- أحمد جلال الجوهري ، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية – مجلة الحقوق و الشريعة- العدد الثاني -السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة – جوان ١٩٨١ – ص١٢٢ .
٢- -نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، صفحة ١٩٨ .

- حالات مرض التيتانوس
- حالات الغيبوبة الناتجة عن إصابة الرأس
- حالات العجز الكلوي
- حالات عدم انتظام ضربات القلب
- عمليات جراحة القلب المفتوح

نتطرق الآن إلى الإشكاليات التي يطرحها الإنعاش الاصطناعي و المتمثلة في :

أولا : وقف الإنعاش الصناعي .
ثانيا : استمرار الإنعاش الصناعي من أجل المحافظة على القيمة الحيوية للعضو الذي سيقتطع من شخص لزرعها عند أحد المستفيدين .

١. وقف الإنعاش الصناعي

هناك اتفاق عند الأطباء على أن موت الدماغ هو رمز الموت ، << فالجسم الذي تلف جهازه العصبي لا يمكن اعتباره كائنا حيا و إن تم المحافظة على وظائفه الأخرى اصطناعيا >> (1) ، و بالتالي يستطيع الطبيب في هذه الحالة وقف الإنعاش لأن جهوده بإعادة الحياة إلى مريضه أصبحت منذ الآن بدون جدوى .

لكن يجب على الطبيب المسؤول عن الإنعاش متابعة محاولاته إذا كانت هناك فرصة للبقاء على قيد الحياة ، فيجب على الطبيب اعتبـار المريـض و إن كان مهددا بموت مؤكد ووشيك بأنه في حالة خطر ، و ينتج عن ذلك واجبه في مساعدته قدر الإمكان حتى لحظة وفاته .

و منه يتضح أن عملية الإنعاش الاصطناعي ترتبط بحالة الغيبوبة التي هي عبارة عن فقدان الوعي ، الشعور و الإحساس الخارجي ، و الغيبوبة ليس على درجة واحدة بل تمر بمراحل ثلاث و هي :

١. ١.الغيبوبة المؤقتة : التي تحدث عادة عند الدهشة أو الذهول الشديد ، فيتم فيها تعطل مؤقت لوظائف المخ و يستعد المصاب وعيه مرة ثانية .

1- B. DUBO, La transplantation d'organes, étude de droit privé, thèse Lille 1978, page 224.

١. ٢.الغيبوبة العميقة : التي يكون فيها المصاب فاقد الإحساس و الشعور و مجردا من الحركة و الانعكاسات الشرطية ، لكنه يظل محتفظا بحياة عضوية فقط ، كدرجة حرارة الجسم و التنفس و الدورة الدموية .

١. ٣.الغيبوبة المستديمة : و تتميز هذه المرحلة بوفاة خلايا المخ لدى الشخص ، و الذي يستحيل عودتها للحياة مرة ثانية ، هنا يفقد الشخص كل الصفات التي تتميز بها الحياة الإنسانية الطبيعية (١) .

لا مجال للاختلاف في اعتبار إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي ، في حالة الغيبوبة المؤقتة أو العميقة ، قتلا إذا تم قبل موت مخ المريض مصداقا لقوله تعالى : " **و لا تقتلوا النفس التي حرم ا إلا بالحق ....** " (٢)، وبذلك فهو إزهاق روح إنسان عمدا ، الفعل المنوه و المعاقب عليه من طرف المشرع الجزائري في نص المادة ٢٥٤ من قانون العقوبات (٣) ، كما يعاقب الطبيب عن جريمة القتل خطأ ، إذا صدر منه إهمال أو تقصير تجاه مريضه طبقا لنص المادة ٢٨٨ من قانون العقوبات لأنه يبقى من واجبه المحافظة على حياة الإنسان أو ما تبقى منها (٤) و هو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي إذ يحث على احترام حياة الإنسان (٥).

غير أن إذا أصيب المريض بأعلى درجات الغيبوبة المتمثلة في الغيبوبة الطويلة أو المستديمة ، حيث يفقد فيها المريض كل مظاهر الاتصال بالعالم الخارجي و ذلك لموت خلايا مخه ، ومنه هو في عداد الموتى وفقا للمعيار الحديث لتحديد الموت ، و بذلك ليس في إيقاف عمل أجهزة الإنعاش الصناعي ما يعتبر جريمة في حق الإنسانية لأن موت المخ يعني إنهاء الحياة الإنسانية ، و أن الواجب الملقى على عاتق الطبيب ، و المتمثل في شفاء المريض ، يتوقف في لحظة و يتحول إلى واجب ترك المريض يموت في سلام و أن لا يطيل عذابه ضد الموت المحتم .

إلا أن عملية إيقاف الحياة الاصطناعية تتوقف على ضمانات يجب توفرها للإقبال على مثل هذا الفعل ، فهناك مصالح متعددة يمكن أن تتأثر بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي القليلة العدد ، فهناك مصلحة المريض المعلقة على هذه الأخيرة في المحافظة

١- ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص٢٠٢ .
٢- سورة الإسراء الآية ٣٣ .
٣- أنظر المادة ٢٥٤ من ق.ع .

٤- قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) المؤرخ في ١٩٩٧/٠٦/٢٣ ، ملف رقم ١٥٨٥٤٨(غير منشور)

5- L'art 20 du code de déontologie médicale : « Le médecin doit s'efforcer d'apaiser les souffrances de son malade, il n'a pas le droit d'en provoquer librement la mort ».

على حياته أو ما بقي منها ، و مصلحة غيره من المرضى الأحياء التي تقتضي المحافظة على حياتهم بتركيب هذه الأجهزة على أجسامهم (١) .

و قد تسائل الأطباء حول إذا كان القرار الخطير بوقف آلية الإنعاش لن يكون مصدرا لمسئوليتهم بممارسة القتل الرحيم أو قتل الشفقة .

للإجابة على هذا التساؤل يجب تحديد ما المقصود بقتل الشفقة ، الذي يعرف بأنه : " إنهاء حياة المريض الميؤوس من شفائه طبيا ، للحد من آلامه المبرحة و غير المحتملة بناء على طلبه الصريح ، أو الضمني ، أو طلب من ينوبه ، و سواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة "(٢).

و يعرف أيضا بأنه : " نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيبا ، و قد لا يكون لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه و لم يعد يطيق تحمل آلامه "(٣) .

و من هذه التعاريف يتضح أن هذا التساؤل ليس في محله ، لأن قتل الشفقة يفترض وجود حياة يعاني منها شخص غير قابل للعلاج فيضع أحد الأشخاص حدا لمعاناته بقتله ، فهذان العنصران غير متوفران في حالة وقف تقنية الإنعاش ، حيث أن الشخص الموجود ضمن حالة الغيبوبة الطويلة ليس له أي أمل بالشفاء ، لأنه لم يعد يوجد هناك أي حياة ، و المعاناة العنصر الثاني للقتل الرحيم تغيب هنا أيضا ، لأن الشخص في الغيبوبة الطويلة يفقد رد الفعل الانعكاسي(٤) .

و بالتالي الطبيب لا يكون مسؤولا إذا ما أوقف أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض في حالة غيبوبة طويلة ، و القانون يحميه في ذلك ، لأن المريض أصبح ميتا فيكون من الممكن للطبيب المساس بجثة هذا المريض طبعا وفق الحدود القانونية .

و بالنسبة لضمانات هذا الإيقاف فان القضاء الأمريكي و الكندي يقرران أن الطبيب لا يجوز أن يقتنع برأيه الفردي بعدم إمكانية عودة الحياة الطبيعيـة للمريـض ، بل يجب عرض مثل هذا الأمر على فريق طبي متخصص ، فإذا ثبت لدى الفريق الطبي أنه لا أمل في الحياة الطبيعية للمريض ، فانه يستأذن جهة رسمية مختصة ، النيابة العامة، في شأن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي ، و هذه الجهة الرسمية لا توافق على تنفيذ قرار إيقاف هذه الأجهزة إلا بشرطين هما :

١- أحمد شرف الدين ، الحدود الانسانية و الشرعية و القانونية للانعاش الصناعي - مجلة الحقوق و الشريعة - العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة – جوان ١٩٨١ ، ص ١١٦.

٢- هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٦ ، ص ٧.
٣- عبد الوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائية – مجلة الحقوق و الشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة – جوان ١٩٨١ .
٤- أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٣٥ – ٢٣٦ .

١ ـ اتخاذ إجراء لاعلان الوفاة كتحرير محضر أو شهادة وفاة .
٢ ـ الحصول على موافقة الأسرة لتنفيذ القرار .

فإذا أوقف الطبيب أجهزة الإنعاش تنفيذا للقرار المستوفي شروطه و المصادق عليه ، فان إجراءه يكون سليما شرعيا و قانونيا ، و لا مسؤولية تقع عليه ، و قد اقترح جانب من الفقه في مصر ضمانات لإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي و هي :

١- قرار لجنة طبية متكونة من ثلاث أطباء مختصين على الأقل ، يجمعون على تأكيد الموت الحقيقية للمريض مع التوصية بإيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي .

٢- المصادقة على القرار من طرف قاضي أو وكيل النيابة العامة بعد التأكد من موافقة أسرة المريض .

٣- تحرير شهادة وفاة من طرف لجنة الأطباء قبل أن يقوم الطبيب بتنفيذ قرار الإيقاف (١) .

يلاحظ وفق هذه الإجراءات أن قرار لجنة الأطباء يجب أن يكون مقترنا برضى أسرة المريض عند إرساله للجهة الرسمية للمصادقة عليه ، و لا يجوز الاكتفاء بموافقة الأسرة على إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي ، لأنه قد تكون وراء موافقة أفرادها مطامع شخصية كالإرث مثلا ، من هنا جاءت ضرورة التصديق من جهة رسمية .

لكن نشير أن هذه تبقى مجرد ضمانات مقترحة خاضعة للنقد و التقدير ، و توافقا مع الآراء الفقهية ، قدمت ضمانات مقترحة (٢) على المشرع الجزائري نص على اعتمادها عند إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي :

١- أخذ رأي اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة ١٦٧ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها بتوقيف أجهزة الإنعاش الصناعي عن المريض بعد التأكد من موت خلايا مخه .

٢- استئذان القضاء باعتباره حامي الحريات و الحقوق .

٣- استئذان أسرة المريض .

– –

١- أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٨٧ ، صفحة ١٨٧ – ١٨٨ .
٢- ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، صفحة ٢٠٣ .

إذا يجتمع العلم و القانون للاتفاق على أنه لا يوجد التزام عند الطبيب بإطالة حياة المريض اصطناعيا إلى أقصى حد ممكن ، و يمكن اقتطاع الأعضاء من شخص لا يقبل جهازه العصبي العودة للحياة ، ومن الصعب تحديد هياكل النظام العصبي الذي يؤدي تلفها لموت الجسم ، لأن انحلالها الذي لا يقبل الشفاء يظهر على مراحل .

و يبدو أن التلف المزدوج و الكلي لهياكل حياة الاتصالات و الحياة الخاملة هو الذي يسجل نهاية حياة الكائن البشري ، و على العكس ، هل يعتبر مشروعا بعد ملاحظة الوفاة متابعة أجهزة الإنعاش للمحافظة على حيوية أعضاء المتوفى القابلة للزرع ؟ (١) .

٢. استمرار الإنعاش الصناعي :

يجب المحافظة اصطناعيا على التنفس و دوران الدم عند المتبرع لاقتطاع عضو حي قابل للزرع بنجاح ، و تهدف الإجراءات التي تسمح باعتباره ميتا من الناحية السريرية لملاحظة تلف النظام العصبي المركزي الذي لا يقبل العودة للحياة (٢) .

و لا تطرح المحافظة على الإبقاء الاصطناعي للشخص المرتبط بزرع الأعضاء أي مشاكل سواء كانت طبية أو أخلاقية ، و متى أعلن رسميا موت الشخص الذي كان في حالة البقاء الاصطناعي و كان متوقعا زرع أحد أعضائه لانقاذ حياة شخص في خطر، فان الجراح يمكنه متابعة إنعاش القلب و التنفس من أجل الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو الذي خصص للزرع بشرط التقيد بالشروط القانونية .

أما ما يتعلق بالأخلاق ، فقد كتب R. P. BOUCHAUD : << نكون بعد موت الدماغ أمام جثة هامدة حتى و إن استمر دوران الدم و استمر معه وجود الحياة الانباتية الخاملة و بالتالي لا يفرض سواء الإنعاش أو المحافظة عليه ، و يمكن تبرير تشغيل أو وقف الإنعاش حسب مقتضيات تقنية زرع الأعضاء >> (٣) .

و بعد أن تطرقنا إلى الإشكاليات التي يمكن أن تطرح في مجال الإنعاش الاصطناعي نتطرق فيما يلي إلى موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش الصناعي .

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٣٦ .

2- J. SAVATIER, Les prélèvements sur le corps humain au profit d’autrui, Les petites affiches, n° 149, 14/12/1994, page 10.

3- R.P. BOUCHAUD, Réflexion morale, Cahier. Laénnec, mars 1966, page 14 , 15 .

*** موقف الشريعة الإسلامية من الإنعاش الصناعي :**

بما أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ، و بما أنها داعية للعلم و كانت و لا تزال متوافقة معه بالرغم من قدم عصورها من ناحية ، و بالرغم من التطور العلمي المتواصل من ناحية أخرى ، إلا أننا لا نجدها تتعارض أبدا مع مقصد علمي فيه منفعة للعباد .

و تبعا لهذا ، أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بعين الاعتبار و الدراسة مسألة الإنعاش الصناعي و توقيفه ، و هذا من أجل بلورة المسألة في إطار شرعي صحيح .

فمن الأمور التي لم يقبلها رجال الدين ، بداية مسألة إعادة الموتى للحياة ، و هذا ما أثاره الإنعاش الاصطناعي ، باعتباره مسألة ماسة بالأمور العقائدية الراسخة في أذهاننا ، على أساس أن الموت و الحياة أمران بيد ا سبحانه و تعالى ، و لا شريك له في ذلك مصداقا لقوله تعالى : **<< انا نحن نحي الموتى... >>** (١) .

و قد عرفنا فيما سبق أن الإنعاش الاصطناعي عبارة عن وسائل تحافظ على بقاء القلب و الجهاز التنفسي محافظا على حياته العضوية ، و ذلك بالرغم من وفاة خلايا المخ، لكن برغم ذلك لا يمكنه أن يعيد للحياة الإنسانية مقوماتها من إدراك و شعور و اتصال بالعالم الخارجي ، فإيقاف عمل هذه الأجهزة في هذه الحالة لا يعد عملا غير شرعي .

حيث أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية فان مناط التكليف بأحكامها هو العقل ، أو بالأحرى الإدراك ، و هو أحد مراتب العقل الذي يعطي للإنسان القدرة على الاتصال بالعالم الخارجي و التعامل معه وفق أوامر الشريعة ، فإذا فقد الإنسان الإدراك بموت خلايا مخه يعفي من التكليف بالإحكام الشرعية .

و قد صدرت بذلك فتوى (٢) جاء فيها : << .... بل أن استمرار التنفس و عمل القلب و النبض كل أولئك دليل على الحياة ، و إن دلت الأجهزة الطبيـة علـى فقدان الجهاز العصبي لخواصه الوظيفية ، فان الإنسان لا يعتبر ميتا بتوقف الحياة في بعض أجزائه ، بل يعتبر كذلك شرعا ، و تترتب آثار الوفاة من تحقيق موته كلية ، فلا تبقى فيه حياة لأن الموت زوال الحياة ، و يمتنع تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات أو أدوية متى تبين للطبيب أن هذا كله لا جدوى منه ، و أن الحياة في البدن في سبيل التوقف ، و على هذا فلا إثم إذا وقفت الأجهزة التي تساعد على التنفس و على النبض متى تبين المختص القائم بالعلاج أن حالة المحتضر ذاهبة للموت >> .

١- سورة يس الآية ١٢ .

٢- فضيلة الإمام جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر ، دراسة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر ، مديرية الثقافة الإسلامية ، نيابة البحوث الإسلامية ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر .

و عليه نلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية يحثون على إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي متى تبين أن ذلك لا جدوى منه ، لأنه لن يكون سوى سبيل لاطالة عذاب المريض و احتضاره ، لدى فإنـه من الأولـى على الطبيب المختص أن يـوقف هذه الأجهزة متى تبين له اليأس من حالة مريضـه ، دون أن يـكون قـد ارتكب إثـما ، ليعرف الجميع أن الموت مصير محتم لا فرار منه حتى لو وصل العلم إلى ذروة تقدمه، فلا يمكنه أن يمحو هذه الحقيقة لأنها سنة الحياة مصداقا لقوله تعالى : **<< كل من عليها فان و يبقى وجه ربك ذو الجلال و الإكرام >>** (1) .

١- سورة الرحمان ، الآية ٢٦ – ٢٧ .

المبحث الثاني :
كيفية التصرف في جثة المتوفى

ينسخ القانون عن الحياة و عن جسم الإنسان للاعتراف بالوجود الجسدي للشخص، و يتمتع جسم الإنسان بالحماية ، و هذه الحماية من النظام العام ، و ينبع الطابع المقدس الذي يرتبط بالشخص من وجوده ، و إذا كان لا يوجد للطفل الذي لا يزال في رحم أمه مصلحة بحماية بعض حقوقه فلا يمكن أن تعامل الجثة التي تعتبر مجرد غطاء جسدي للروح على أنها مجرد شيء ، فالقانون يعترف و يحمي و يحترم هذه الاستمرارية الروحانية للشخص بعد الموت(١) .

و قد عرف DIERKENS الجثة كالتالي : << توجد جثة الإنسان منذ اللحظة التي يتوقف فيها جسمه عن الوجود بسبب فقدانه أحد عناصره التكوينية : الحياة >> (٢).

و لكن هل يستطيع هذا الشخص ذاته التصرف بجثته ؟

هناك مبدأ ينص أنه يمكن للشخص الذي يعتبر سيد جسده ، حتى بعد الموت، تحديد مصير جثته بشكل مطلق و بشكل يستطيع فرضه قانونا على عائلته و على الغير(٣) ، كما أن القانون سمح بالمساس بجثة الشخص رغم حرمتها إذا ما اقتضت الضرورة ذلك كاستئصال عضو من هذه الجثة لزرعها في جسم شخص بحاجة إليها مما يؤدي إلى انقاد حياته.

لذلك سندرس فيما يلي الأصول العامة لهذا المساس من أساس إباحته و شروطه في كل من القانون و الشريعة الإسلامية ، و أخيرا نتطرق إلى مبدأ تصرف الشخص بجثته .

----
١ - د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ١٨٣ .

2- R. DERKENS, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966, page 188.
3- R.SAVATIER, La greffe humaine, problèmes juridiques, Cahiers- Laennec 1956, n° 1, page 24.

المطلـــب الأول :
أساس إباحة الاستئصال من الجثة و شروط هذا الاستئصال

سبق و قد ذكرنا أن الأصل في جثة الميت حرمتها ، لكن نظرا للضرورة و الحاجة المتمثلة في انقاد حياة مريض عن طريق نقل إليه عضو مستأصل من هذه الجثة، سمح القانون بالمساس بهذه الجثة لكنه لم يترك هذه الإباحة مطلقة دون قيد بل أوقفها على تحقق شروط معينة ، تخلفها يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب الذي قام بهذا الاستئصال .

لدى ستشمل دراستنا في هذا المطلب على فرعين ، نتطرق في الفرع ١ إلى أســاس إبــاحة الاستئصــال من جثــة المتــوفى ، و شــروط هــذا الاستئصال في القانون ، ثم ندرس في الفرع ٢ أســاس الإبــاحة و شروط الاستئصــال في الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول :
فـــي القـــانـــون

و سنتطرق فيه إلى كل من أساس إباحة الاستئصال من الجثة ثم إلى شروط هذا الاستئصال .

١. أساس إباحة الاستئصال من الجثة :

الأساس القانوني لاباحة الاستئصال من الجثة يقوم أساسا على نص المادة ١٦٤ من قانون حماية الصحة و ترقيتها الذي جاء فيه ما يلي : **<< لا يجوز انتزاع الأنسجة و الأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة ١٦٧** (١) **من هذا القانون و حسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية و في هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته عن قبوله بذلك و إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء الأسرة حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت ، أو الولي الشرعي إن لم تكن للمتوفى أسرة .**

\- -

١- تنص المادة ١٦٧ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : << تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الاستشفائي ضرورة الانتزاع أو الزرع و تأذن بإجراء العملية >> .

غير أنه يجوز انتزاع القرنية و الكلية بدون الموافقة المشار إليها في الفقرة أعلاه إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليه الشرعيين أو كان التأخير في أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع .

إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية للمستفيد من العضو ، التي تعاينها اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة ١٦٧ من هذا القانون >> .

يستفاد من هذه المادة أنها أجازت صراحة استئصال الأعضاء من جثث الموتى بغرض زرعها للأحياء ، لكن علقت هذه الإجازة على شروط تتمثل في : موافقة الشخص المتوفى أثناء حياته ، و إن لم يدلي بهذه الموافقة في حياته ينتقل هذا الحق لأسرته ، حيث يشترط القانون موافقة أفراد الأسرة حسب ترتيب القرابة الوارد في نص المادة .

كما نلاحظ بالنسبة للتشريع الجزائري أن نص المادة ١٦٤ بعد تعديلها (١) استحدثت فيه فقرة جديدة تتعلق بنقل القرنية و الكلية ، حيث أجازت نقلها دون موافقة المتوفى أثناء حياته أو موافقة أسرته بعد وفاته ، و ذلك متى تعذر الاتصال بأسرته في الوقت المناسب و كان النقل لا يحتمل التأجيل ، أي كانت الحالة مستعجلة أو التخوف من عدم صلاحية العضو محل الاستئصال .

بهذه الموافقة يكون المشرع الجزائري قدساير معظم التشريعات الحديثة التي تستند على أن كل إنسان هو مبدئيا واهب لأعضائه بعد وفاته ، و هذا بهدف إسعاف المرضى الذين هم في حاجة إلى هذه الأعضاء .

و إتماما لذلك قام المشرع الجزائري بتعديل المادة ١٦٨ (٢) ، و استحدث بموجبها إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية ، و قد حددت هذه المادة في فقرتها الأولى المهنة التي كلف بها المجلس فجاء فيها ما يلي : **<< ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية ، يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عملية انتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته ، و الأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبي و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب >> .**

١- بالقانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ يوليو ١٩٩٠ المعدل و المتمم للقانون رقم ٠٥/٨٥ جريدة رسمية عدد ٥٣ لسنة ١٩٩٠ .

٢- بموجب القانون رقم ١٧/٩٠ السابق الإشارة إليه .

و الهدف من وراء ذلك أولا و أخيرا الحفاظ على أرواح الناس ، و هناك تشريعات عديدة سارت على هذا النحو ، حيث أجازت استئصال أعضاء من جثث الموتى ، و من هذه التشريعات : التشريع اللبناني ، الكويتي بخصوص نقل الكلي ، المصري بخصوص استئصال العيون ، و كذا الفرنسي ، الأرجنتيني ، اليوناني ، السويدي ، الإسباني ، و ما ينبغي الإشارة إليه هو أن يكون هدف الاستئصال لأغراض علاجية أو علمية ، و هذا وفقا للمادة ١٦١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها [١] ، حيث لم يفرق بين الاستئصال من الحي أو الميت ، لكن ما نستنتجه بالنسبة للاستئصال من الجثة هو الخروج عن مبدأ حرمتها ، لكن شريطة أن يكون هذا المساس بها هو الطريق الوحيد للعلاج [٢] .

و قد ذهبت بعض التشريعات [٣] إلى النص على ألا يتحول الاستئصال إلى نوع من التنكيل بالجثة و أوردت ذلك في شروط الاستئصال في حد ذاته ، وهذا ما أغفله المشرع الجزائري .

هذا و لا نغفل أن نذكر أن المشرع الجزائري قد أجاز المساس بالجثة للأغراض العلمية [٤] أيضا ، كالتشريح بغرض تعليم طلبة الطب أو لتشخيص الأمراض ، و كذا في حالة الجنايات بغرض الوقوف على السبب الحقيقي للوفاة ، و لكنه قد قيد ذلك بشروط ، أما بالنسبة للتشريعات المقارنة فقد انقسمت حول هذه النقطة إلى اتجاهين : الأول يجمع بين الأهداف العلاجية و العلمية المتوخاة من الاستئصال من الجثة [٥] ، أما الاتجاه الثاني فينص على الأهداف العلاجية فقط [٦] .

و ما يلاحظ على التشريع الجزائري أنه أخذ بالاتجاه الأول ، فقد نص على الأغراض العلاجية في المادة ١٦١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، و على الأغراض العلمية في المادة ١٦٨ من نفس القانون .

---

١ - تنص المادة ١٦١ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : << لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية و لا زرعها موضوع معاملة مالية >> .

٢- تنص المادة ١٦٦ من قانون حماية الصحة و ترقيتها على ما يلي : << لا تنزع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية ....>> .

٣- كما جاء في نص المادة ٦ من التشريع الإيطالي التي تنص على ما يلي : << أن الجثة لا يمكن أن تكون محلا لأكثر من استئصال واحد >> .

٤- المادة ١٦٨ من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم ٠٥/٨٥ المعدلة بقانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ يوليو ١٩٩٠ .

٥- منها تشريع كل من فرنسا ، لوكسمبورغ و الأرجنتين .

٦- منها تشريع كل من البرتغال و ألمانيا .

٢. شروط الاستئصال من الجثة

إن لاستئصال الأعضاء من الجثة شروط نصت عليها أغلبية التشريعات و هي الشروط العامة ، كما نجد شروط أخرى انفردت بها بعض التشريعات دون الأخرى و هي الشروط الخاصة و بذلك سنقسم دراسة هذا الفرع إلى قسمين :

٢. ١. الشروط العامة :

١- أن تتم عمليات استئصال الأعضاء و نقلها في المستشفيات التي يحددها و يحدد شروطها وزير الصحة بقرار صادر منه(١) ، و قد تناول هذا الشرط كل من التشريع اللبناني ، الكويتي ، الإسباني ، البرتغالي ، البرازيلي ، اليوغسلافي ، اللوكسمبورغي و الفرنسي .

٢- أن لا يشارك الفريق الطبي الذي قام بالتحقق من حالة الوفاة في عمليات الاستئصال و نقل الأعضاء ، و قد نص على هذا الشرط كل من التشريع الإسباني ، الألماني ، تشريع مقاطعة كويبك بكنـدا ، فرنسـا ، الأرجنتيـن و البرتغـال ، أما بالنسبـة للتشريع الجزائري فقد ورد هذا الشرط في المادة ١٦٥ فقرة ٣ من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، لكننا نشير إلى وجود انتقاد و تعقيب على هذا الشرط و مفاده (٢) : << أنه في حالة ما إذا لم يوجد في المستشفى الذي ستتم فيه عملية الاستئصال و النقل سوى الطبيب الذي قام بمعاينة الوفاة ، و هو وحده من يمكنه إجراء مثل هذه العمليات ، فماذا سيكون الحل ؟ >> .

٣- أن لا يتم الإعلان عن اسم المتنازل للمتلقي و لا أسرته ، و قد نص على هذا الشرط كل من تشريع البرتغال ، الأرجنتين ، ألمانيا ، أما بالنسبة لهذا الشرط في التشريع الجزائري فانه مستحدث في المادة ١٦٥ في فقرتها ٢ و هذا بموجب التعديل الوارد في القانون رقم ١٧/٩٠ السابق الإشارة إليه (٣) .

٤- عدم جواز إجراء عمليات الاستئصال لجثث الموتى إذا كان هناك شبه جناية اقترنت بحالة الوفاة ، إلا بعد الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص ، و قد نص على هذا الشرط كل من تشريع البرازيل ، إسبانيا ، فرنسا ، البرتغال و ألمانيا ، أما المشرع الجزائري فقد أخذ هذا الشرط في المادة ١٦٥ فقرة ١ من قانون حماية الصحـة

١- المادة١٦٧ من قانون حماية الصحة وترقيتها التي صدر بشأن تطبيقها قرار من وزير الصحة رقم ١٩ بتاريخ ١٩٩١/٠٣/١٣ .

2- Le soir d’Alger du 13 et 14/03/1998, Greffe d’organe, comment remédier au carence de la loi ?

٣- تنص المادة ١٦٥ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها رقم ١٧/٩٠ المعدل و المتمم للقانون رقم ٠٥/٨٥ على ما يلي : << كما يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد.... >> .

و ترقيتها الذي جاء نصها : **<< يمنع القيام بالاستئصال من الجثة إذا كان ذلك يعيق التشريح الطبي الشرعي >>** ، لكن المشرع الجزائري لم يذكر أن الحصول على إذن من الطبيب الشرعي المختص يجيز الاستئصال (١) .

٢,٢. الشروط الخاصة :

١- عدم جواز القيام بعمليات استئصال الأعضاء من الجثة إلا بعد التحقق من موت المتبرع ، و خاصة إذا كانت الأعضاء المراد استئصالها ضرورية للحياة ، كالقلب مثلا الذي لا يجوز استئصاله من شخص حي ، و يجب انتظار مدة معينة على الإعلان عن الوفاة ، هذه المدة تختلف بين مختلف التشريعات ، حيث تقدر ساعتين في التشريع التشيكي و حوالي ٢٤ ساعة في تشريع كل من لوكسمبورغ ، الكويت و إيطاليا .

٢- الالتزام بالسر المهني في عمليات نقل الأعضاء و لا يجوز صدور أي بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق المختص بذلك قانونا و هو إدارة المستشفى ، و قد أخذ بهذا الشرط التشريع البرتغالي .

٣- قصر الاستئصال على جثث رعايا الدولة المنظمة لهذه العمليات ، مالم يعبر المتوفى الأجنبي على عكس ذلك صراحة ، أشار لهذا الشرط كل من التشريع الإسباني و الألماني ، و يطبق هذا الشرط على الرعايا الجزائريين بحكم تنظيم عمليات نقل الأعضاء بموجب قانون حماية الصحة و ترقيتها ، غير أنه هناك رأي مستشار الدولة الفرنسي BURIN DES ROSIERS (٢) الذي يرى أنه بعد الموت لا يعد هناك أي وجود للحالة الشخصية للأجنبي المقيم في فرنسا و التي تحكمه مادام موجودا على قيد الحياة ، فيمكن إذن تطبيق نصوص القانون الفرنسي على الأجنبي المتوفى في فرنسا مما سيسمح بزيادة عدد حالات اقتطاع الأعضاء المنجزة في فرنسا .

٤/ كما يجب الإشارة إلى وجود رأي (٣) يقول بوجوب نص المشرع الجزائري على شرط مفاده : قصر عمليات استئصال الأعضاء من جثث الأموات دون الحياء ، و هذا من أجل التحكم أكثر في الميدان و تجنب المتاجرة بالأعضاء البشرية ، حيث هذا الشرط وارد في كل من تشريعات سويسرا ، السويد ، الأرجنتين و أمريكا .

---

١ - ماروك نصر الدين ، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية - المرجع السابق - ص٢٥٦ .

2- H. KREIS et J. HAMBURGER, Les aspects juridiques et médicaux des transplantations d'organes, Groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F), Paris 1992 .

٣- رأي الأستاذ ماروك نصر الدين خلال ملتقى حول النقص القانوني الذي يعاني منه القانون رقم ٠٥/٨٥ المتعلق بقانون حماية الصحة و ترقيتها المنعقد بتاريخ ١٩٩٧/٠٥/١٢ و المشار إليه في جريدة المساء بتاريخ ١٣ و ١٩٩٨/٠٣/١٤ .

الفرع الثاني :
في الشريعـة الإسلاميـ ـة

إن ا سبحانه و تعالى قد كرم بني آدم و فضله على كثير من خلقه و نهى عن الاعتداء على حرماته في قوله تعالى : **<< و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر والبحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا** >> (١) **،** و من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ النفس و دليل ذلك قوله عز وجل بعد بسم ا الرحمان الرحيم : **<< و لا تقتلوا أنفسكم إن ا كان بكم رحيما >>** (٢) و لم تقف الشريعة الإسلامية أمام حماية نفس المسلم حي فقط بل تجاوزت ذلك إلى تكريم الموتى عن طريق ما شرعته لهم من تكفين ، دفن و تحريم لنبش القبور ، كما يدل على ذلك قوله صلى ا عليه وسلم : **<< كسر عظم الميت ككسره حيا >> .**

و بما أن الإسلام قد كرم الإنسان حيا و ميتا ، فهل يجوز المساس بجثته إن كان في ذلك منفعة لغيره ؟ و إن كان كذلك ، فما الأساس الشرعي لهذه الإباحة ؟ و ما هي القيود التي وضعها الشريعة الإسلامية لمثل هذا الاستئصال ؟

للإجابة عن كل هذه الإشكاليات سنتناول دراسة موقف الشريعة الإسلامية وفق النقطتين التاليتين :

١. أساس إباحة الاستئصال من الجثة في الشريعة الإسلامية :

يستند الأساس الشرعي لاباحة الاستئصال من الجثة إلى الفتاوى الشرعية التي تناولت هذا الموضوع ، و قد استندت الفتاوى في إباحة الاستئصال من الجثة إلى القاعدة الشرعية << الضرورات تبيح المحضورات >> ، حيث نقل عضو من إنسان ميت من شأنه أن ينقذ حياة مريض على وشك الموت ، فحتى إذا كان الأصل تكريم الميت و حضر المساس بجثته ، إلا أنه يرد استثناء على ذلك مفاده إجازة ذلك إن كان فيه منفعة ، خصوصا إن كانت تتمثل في انقاد حياة مريض على وشك الموت ، و ذلك عن طريق استئصال عضو من ميت و زرعه في جسم هذا المريض لتستمر حياته بدلا من أن يترك هذا العضو ليبلى في التراب و يعود ذلك بالمنفعة على المجتمع .

٣- سورة الإسراء الآية ٧٠
٤- سورة النساء الآية ٢٩

فمبدأ حرمة الميت لا يقصد بها المحافظة على الجثة في ماداتها بقدر ما يقصد به حماية ما تمثله من قيم معنوية عند الأهل ، و يكفي لتأكيد احترام هذه القيم أن يأذن الميت قبل موته بالاستئصال أو يأذن به الأهل بعد موته (١) و بهذا يكون الحي أولى بهذا العضو من الميت ، و الدليل على إباحة ذلك قوله تعالى : **<< ...يخرج الحي من الميت ، و يخرج الميت من الحي ...>>** (٢) و قد قرر المؤتمر الإسلامي الدولي المنعقد في ماليزيا سنة ١٩٦٩ إباحة عمليات نقل و زرع الأعضاء من الميت إلى الحي إذا تحققت المصلحة العلاجية من ذلك ، و يشترط وفاة المتنازل و أن يكون النقل بوصية منه أو من وليه (٣).

و قد صدرت العديد من الفتاوى من هيئات دينية رسمية و المختصين في شأن هذه المسألة وأجازت جميعها الاستئصال من الجثة ، لكنها اختلفت في أساس هذه الإباحة فمنهم من اعتمد على مبدأ المنفعة الاجتماعية ، ومنهم من اعتمد على مبدأ الحاجـة تنـزل منزلـة الضـرورة ، أمـا البعض الآخـر فقـد اعتمـد علـى مبـدأ الضرورة ....

و قد صدرت فتوى عن فضيلة الأمام جاد الحق علي جاد الحق ، جاء فيها ما يلي (٤): << .... و تخريجا على ذلك و بناءا عليه ، يجوز شق بطن الإنسان و أخذ عضو منه أو جزء من عضو لنقله إلى جسم إنسان حي آخر يغلب على ظن الطبيب استفادة هذا الأخير من الجزء المنقول إليه ، رعاية للمصلحة الراجحة التي ارتاها الفقهاء القائلون بشق بطن التي ماتت حاملا .... و أعمالا لقاعدة الضرورات تبيح المحضورات، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف ، التي سندها الكتاب الكريم و السنة الشريفة ، فان من تطبيقها كما تقدم ، جواز الأكل من إنسان ميت أعمالا لقاعدتي اختيار أهون الشرين و إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما إضرار بارتكاب أخفهما و إذا جاز الأكل من جسم الميت ضرورة جاز أخذ بعضه نقلا لأنسان آخر حي صونا لحياته متى رجحت فائدته و حاجته للجزء المنقول منه ......>>

كما عرضت هذه المسألة على مفتي الديار المصرية فاصدر فتوى هامة (٥) في هذا الشأن من بين ما جاء فيها : << و إخراج عين الميت كإخراج عين الحي ، فيعتبر اعتداء عليه غير جائز شرعا إلا إذا دعت إليه ضرورة تكون المصلحـة فيهـا أعظـم مـن

١- أحمد شرف الدين ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٨٧ ، ص ١٥١

٢- سورة آل عمران ، الآية ٢٧ .

٣- د. نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .

٤- فضيلة الإمام جاد الحق علي جاد الحق ، دراسة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر ، منشورات الشؤون الدينية ، مديرية الثقافة الإسلامية ، نيابة البحوث الإسلامية .

٥- الفتوى رقم ١٨٨ الصادرة عن مفتي الديار المصرية بتاريخ ١٣ محرم ١٣٩٤ هـ الموافق لـ ١٩٧٤/٠٢/٠٥ حول سؤال من أحد المسلمين في سنغافورة عن حكم الشريعة الإسلامية في أمر رجلا مسلما يريد أن يتبرع بعضو من أعضاء جسمه بعد موته كالعين و الكلى للمرضى الذين هم في حاجة إلى هذه الأعضاء و هل يجوز ذلك ؟ و هل من يتبرع بذلك عليه شيء من الإثم ؟ لأن ذلك سبب خلافا بين المسلمين .

الضرر الذي يصيب الميت ، و ذلك لأن قواعد الدين الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة ، وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هـذا الضـرر ، و ليس في هذا ابتذال للميت و لا اعتداء على حرمته المنهي عنها شرعا ، لأن النهي إنما يكون إذا كان التعدي لغير مصلحة راجحة أو لغير حاجة ماسة ، و قد ذهبنا إلى جواز ذلك في تشريح الموتى ممن لا أهل لهم قبل دفنهم في مقابـر الصدقـة لتحقيق مصلحة عامة راجحة لناس أحياء لنفوسهم أو علاجا لأمراضهم أو لمعرفة أسباب الحوادث الجنائية التي تقع عليهم م، ستندين في ذلك إلى ما سبق أن أوضحنا ، و إلى القواعد الأصولية التي تقضي بإيجاد ما يتوقف عليه أراء الواجب ..... ، و على ذلك تطبيقا لما ذهبنا إليه من الإفتاء بجواز تشريح الجثث للموتى الذين لا أهل لهم نقول أن الاستيلاء على عين الميت لتحقيق مصلحة الحي ليس فيه اعتداء على حرمة الميت فهو جائز شرعا لأن الضرورة دعت إليه و لأن الضرورة شرعا تقدر بقدرها ، و نرى قصرها في هذا الاستفتاء على أخذ عين الميت الذي لا أهل له قبل دفنه .... >> و ما يلاحظ على هذه الفتوى أنها قصرت أمر تجوز المساس في الجثة على النحو السابق على حالة الميت الذي لا أهل له.

أما في حالة الميت الذي له أهل جاء في الفتوى : << ...... أما الأموات الذين لهم أهل ، فان أمر الاستيلاء على عيون موتاهم يكون بيدهم و بإذنهم وحدهم ..... >>، و يظهر من هذه الفتوى أنها اجازت المساس بهذه الجثة لأغراض علاجية و غير إذن من أحد إن لم يكن للمتوفي عائلة ، أما إذا كان له أهل فلا بد من الحصول على موافقتهم .

كما نجد فتوى بخصوص أخذ الطبقات السطحية من الجلد ، حيث قررت دار الإفتاء المصرية : << أخذ الطبقات السطحية من جلد المتوفين بعد تحقق وفاتهم لعلاج الحروق الجسمية العميقة للأحياء جائز شرعا إذا دعت إليه الضرورة ، و كان يحقق مصلحة ، و ليس في هذا اعتداء على حرمة الميت أو مساس بكرامته لأن الضرورة دعت إليه ، و الضرورات تبيح المحضورات ، مادام أن هناك إذن من ولي الميت أو وصية منه بالموافقة على استخدام جلده في علاج الأحياء ، و هذا يتفق مع مقاصد الإسلام الشرعية التي تقوم على رعاية المصالح الراجحة و تحمل الضرر اللاحق بجلب مصلحة يكون تفويتها أشد من هذا الضرر ، و ذلك لقوله تعالى : **<< .... و من أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا .....** >> (١).

أما مجمع الفقه الإسلامي بجدة فقد أفتى في مؤتمره الرابع وبالتحديد في مادته السادسة بما يلي : " يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك ، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسلمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له " (٢) .

١- سورة المائدة الآية ٣٢ .

٢- فتوى مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في مؤتمره الرابع أثناء الفترة ما بين ٦ و ١١ فبراير ١٩٨٦ .

كما نشير إلى وجود فتوى صادرة عن لجنة الفتاوى التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى في ٢٠ / ٠٤ / ١٩٧٢ بعنوان حكم نقل الدم و زرع الأعضاء البشرية ، مما جاء فيها : << **أولا :** أن حفظ النفوس من الكليات المتفق عليها بين القوانين الوضعية و الشرائع السماوية ، و من أغراض الشريعة الإسلامية حفظ النفس ، المال ، العرض ، الدين و العقل ..... و من المعلوم أن من قواعد الشريعة أن المشرف على الهلاك يجب إنقاذه ، و ذلك من فروض الكفاية على كل من استطاع فان قام به بعضهم سقط الوجوب عن الباقي و الثواب لمن قام به فقط .

ثانيا : في حالة زرع القلب أو القرنية إنما تستعمل أعضاء إنسان مات ، و لا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حي حتى لو رضي بذلك ، و هذه الأخيرة من أحوال ثلاثة :

١- أن يتبرع المنقول منه بعضو حالا حياته بحيث يوحي أن يؤخذ عضو منه فيزرع في جسم شخص معين أو لفائدة المجموع .

٢- أن يتبرع بعضو الميت ولي شرعي ، كأبيه و أخيه فيأذن بتشريح جثته و أخذ العضو المراد منه ، و الظاهرة أن الوالي يفعل ذلك في حال المصلحة الراجحة كإنقاذ مسلم بإرجاع بصره ليستعمله في طاعة ا و العمل المثمر أفضل من ترك عين الميت لم يعد يستطيع استعمالها .

٣- إذا لم يكن إذن من الميت في حال حياته ، و لا إذن من وليه بل أن هذا الأخير رفض فالظاهرة المنع ، و إن لم يكن للميت ولي فان السلطات تصبح هي الوالي و يمكن لها أن تأذن بتشريح الجثة و أخذ الأعضاء منها و الانتفاع بها >> ، و تضيف الفتوى : << ....في حالة نقل الدم أو نقل العضو ....من ميت فلا يجوز حتى يتحقق الأطباء المختصين من الوفاة و يتيقنوا أن الهالك لم يبقى فيه أثر للحياة ، و أن وقع مجرد الشك البسيط في بقاء شيء من الحياة ، فلا يجوز الإقدام على تشريح جثة إذا ما دامت الحياة فيه فليس لأحد أن يبادر لإنهائها باجتهاد منه و لو تيقن حسب القواعد الطبية مما لم يبق في استمرار حياته ، لأن الإقدام على البدء بتشريح جثة بها رمق أو شك نوع من القتل العمد .....>> (١) .

وفي هذا الإطار الشيخ أحمد حماني يؤكد أنه إذا تحقق موت الشخص و تبرع قبل موته أو تبرع به وليه يجوز انتزاعه ، أما الشيخ محمد رمضان البوطي فيفرق بين الإنسان الحي المهدر دمه كمن حكم عليه بالإعدام و بين الإنسان المعصوم دمه فيقول :

١- مقال زرع الأعضاء البشرية في الجزائر ، و موقف الدين من زراعة الأعضاء ، منشورات جريدة الخبر ، الاثنين ١٩٩٧/١٢/٢٩ ، صفحة ١٠ .

<< يجوز اقتطاع عضو معين قد استوجب القتل شرعا عند الضرورة ، بحيث يقرر الطبيب العادل المختص أن لابد لإنقاذ حياة مريض من زرع هذا العضو في جسمه و لا يقوم مقامه عضو اصطناعي أو عضو من حيوان غير نجس ....>> (١) .

و في هذا المقام تجد بنا الإشارة إلى بروز جدال ديني حول مدى مشروعية نقل قلب سليم من جسد ميت إلى جسد حي يحتاج إلى هذا القلب السليم بعد أن دب في قلبه المرض مما جعله غير صالح لمصاحبة هذا الجسد فيما بقي له من رحلة الحياة ، و ما يلاحظ أن موضوع نقل أعضاء أخرى غير القلب لم يثر ما أثاره موضوع نقل القلب ، لأن القلب صار مشكلة في نظرهم ، إذا كيف يعيش الإنسان بقلب غيره هذا القلب الإنساني الذي تناوله القرآن الكريم في أكثر من ١٢٠ آية (٢) منها قوله تعالى : **<< يوم لا ينفع مال و لا بنون إلا من أتى ا بقلب سليم >>** (٣) ، و كذلك قوله : **<< و إن من شيعته لإبراهيم إذا جاء ربه بقلب سليم >>** (٤) ، و كذا قوله تعالـى : **<< فالذيـن لا يؤمنـون بالآخـرة قلـوبهم منـكرة و هم مستكبرون >>** (٥) ، و من السنة النبوية قوله صلى ا عليه وسلم : **<< ... إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله ، و إذا فسدت فسد الجسد كله ، إلا و هي القلب ...>>**، و بهذا يكون القلب مستودع الأسرار و الإيمان و الكفر و الهدى و الضلال و المشاعر و الخير و الشر ... ، فكيف يعيش الإنسان بكل هذا الرصيد المودع في قلب غيره ؟ و كيف يلاقي الإنسان ربه يوم الحساب بقلب غيره ؟

و بالتالي ووفق كل ما سبق ، ذهب هذا الرأي إلى عدم جواز نقل القلب ، لكن خالفه في ذلك رأي آخر مسببا قوله أن الإنسان في رأي الإســـلام هو ذلك الكيان الجامع كله الشاخص بظاهره و باطنـه ، كما أن القرآن الكريـــم لم يخاطب القلب وحده بل خاطب غيره من الـحواس كالسمـع و البصـــر .

كما أن الإسلام جعل حتى الجلود موضع مساءلة يوم القيامة بقوله تعالى **:** **<< ....و قالوا لجلودهم لم شهدتم علينا .....>>**(٦)، و كذا بالنسبة للألسنة و الأيدي و الأرجل بقوله تعـالى : **<< .... يـوم تشهـد عليهم ألسنتهم و أيديهم و أرجلهم بما كانوا يعملون >>** (٧).

١- جريدة الخبر المقال المشار إليه سابقا ، صفحة ١٠ .
٢- د. مصطفى الرفاعي ، الإسلام و مشكلات العصر ، مشكلات طبية و حل إسلامي ، الطبعة ٢ ، دار الكتاب الإفريقي ١٩٨٧ ، صفحة ٣٠٥ ، ٣٠٦ .
٣ - سورة الشعراء الآية ٨٨ ، ٨٩ .
٤ - سورة الصافات الآية ٨٣ ، ٨٤ .
٥ - سورة النحل الآية ٢٢
٦ - سورة فصلت الآية ٢١ .
٧ - سورة النور الآية ٢٤ .

و من هذا كله نصل إلى القول أن القلب إنما هو جهاز من بين أجهزة الكيان البشري ، فلا حرج في نقله إن كان صالحا من جثة الميت إلى جسم حي مريض لينقذ حياته ، و تأكيدا لذلك صدرت فتوى [1] حول حكم الإسلام في عملية نقل القلب من إنسان إلى آخر جاء فيها : << .... و أما عملية زرع القلب و نقل الأعضاء فنقول فيها أن هذا الفعل هو متبع سيكون طبعا من شخص ميت في حال وفاته فإذا اثبت أن هذا الجزء من الميت سينتفع به الحي جاز ذلك شرعا و لا يعتبر ذلك إهانة للميت ......>> .

٢ . قيود الاستئصال من الجثة في الشريعة الإسلامية

لقد أجازت الشريعة الإسلامية الاستئصال من جثث الموتى لزرعها في أجسام المرضى لإنقاذ حياتهم ، لكن هذه الإجازة غير مطلقة بل أحاطها فقهاء الشريعة الإسلامية بقيود شرعية منها ما هو عام يجب توافره في كل الحالات ، و منها ما هو خاص بحالات معينة دون الأخرى .

٢. ١. القيود العامة :

من هذه القيود ما يخص المتبرع و منها ما يخص المتلقي و منها ما يرجع للوساطة ، و هذه القيود هي [2] :

١ ـ تحقيق قيام الضرورة بقيام اليقين بأي دلالة يقوم بها اليقين ، كإخبار الطبيب الحاذق ، و لا يشترط كونه مسلما ، و ما ورد من شرط إسلامه عند البعض هو أيضا قيد اتفاقي .

٢ ـ تحقق انحسار التداوي به لعدم وجود بديل له يقوم مقامه و يؤدي وظيفته بكفاءة .

٣ ـ أن تكون العملية بواسطة طبيب ماهر .

٤ ـ غلبة الظن على نجاح زرع العضو في المنقول إليه .

٥ ـ عدم جواز تجاوز القدر المضطر إليه .

٦ ـ تحقيق الموازنة بتقدير ظهور مصلحة المضطر المنقول إليه على المفسدة اللاحقة بالمساس بالجثة .

١- الفتوى رقم ١٨٨ الصادرة عن فضيلة مفتي الديار المصرية بتاريخ ١٣ محرم ١٣٩٤ هـ الموافق لـ ١٩٧٤/٠٢/٠٥ السابق الإشارة إليها .

٢- د. بكر بن عبد ا أبو زيد ، قضايا فقهية معاصرة ،المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، دار القلم الجزائر ، ص ٤٦ ، ٤٧ .

٧ ـ تحقيق توفر شرط الرضى التطوعية و الأهلية منه قبل وفاته عن طريق الوصية أو استئذان أهله من بعده .
٨ ـ توفر متطلبات العملية التي بلغها الطب و إلا كان الطبيب مقصرا و من ثم يتحمل جزاء تقصيره .

٢. ٢. القيود الخاصة :

و هي تخص طرفين ميت و حي (١) ، فبالنسبة للميت المأخوذ منه فتصور في حال الأذن و عدمه :

١ ـ ميت إذن قبل وفاته بانتزاع عضو منه لفائدة شخص معين أو غير معين .
٢ ـ ميت لم يعقب وارثا .
٣ ـ ميت عقب وارثا و لم يأذن الوارث .
٤ ـ ميت عقب ورثة فإذن البعض .

أما الحي فلا تخلو مصلحته من مراتب ثلاثة :
١ ـ إما أن تكون ضرورية تتوقف حياته على ذلك العضو .
٢ ـ و إما أن تكون حاجيه لا تتوقف حياته عليها كالحاجة إلى القرنية و نحوها.
٣ـ و إما أن تكون تحسينية كترقيع الشفة و غيرها .

و عليه فإذا كانت المصلحة تحسينية فلا ينبغي الخلاف بعدم الجواز سواء أذن الميت قبل وفاته أم لا ، لأن حرمته ميتا كحرمته حيا ، فلا يجوز انتهاك حرمته المحرمة لتوفير مصلحة تحسينية تجميلية ، و هي تعريض جثة الميت للانتهاك و العبث بها ، و إن كانت مصلحة الحي حاجية فان حرمة الميت واجبة كحرمة الحي و هتكها وقوع في محرم فلا ينبغي خرق الحرمة و الوقوع في الحرام لمصلحة مكملة للانتفاع ، أما إذا كانت مصلحة ضرورية هنا مفسرة بما يتوقف حياته عليه كالقلب و الكلي و الرئتين و نحوهما من أصول الانتفاع الضرورية ، فهنا يترجح الجواز عند من قال به لأمور منها :

١ ـ الموازنة بين المصالح و الفاسد ، و المنافع و المضار فان مصلحة الحي برعاية إنقاذ حياته أعظم من مصلحة الميت بانتهاك حرمة بدنه ، و قد فارقتـه الـروح و إذن به ، و لهذا نجد نظائره في الفروع عند عدد من أهل العلم من تناول في حالة الاضطرار من لبن المرأة الميتة ، و أكل لحم الآدمي ، وشق بطن المرأة الميتة الحامل إذا كان حملها يضطرب و قد علمت ما فيه ... ... الخ .

١- د. بكر بن عبد ا أبو زيد ، المرجع السابق ، الصفحة ٤٥ .

٢ ـ و شرط إذنه أو إذن ورثته لأن رعاية كرامته حق مقرر له في الشرع لا ينتهك إلا بإذنه ، فهو حق موروث كالحال في المطالبة من الوارث في حد قاذفه ، و لذلك الإذن هو إيثار منه أو من مالكه الوارث لرعاية حرمة الحي على رعاية حرمته بعد موته في حدود ما إذن به ، و لذا صح و لزم شرط الإذن منه قبل وفاته ، أو من ورثته جميعهم .

أما إن فات هذا الشرط و لم يتحقق بإذنه أو إذن جميع ورثته بإذن بعض دون بعض فلا يجوز الانتزاع ، و إن تم الانتزاع فيعتبر هتكا تعسفيا لحق الميت و حرمة الرعاية له ، أما من لا وارث له ، إذا مات في بلد إسلام تحت ولاية سلطان مسلم يحكم الشرع و يقيم الحدود و ينفذ أحكام الإسلام ، فالسلطان ولي من لا ولي له فهو في مقام الوارث له .

و من كل ما تقدم ، نستخلص إلى القول أن هذه القيود تدور حول شروط تقتضيها حالة الضرورة و شروط يقتضيها رضى المعنى أو أسرته ، و الأصل (1) أن ما يسري على الاستئصال من الأحياء يسري على الاستئصال من الجثث ، إلا أنه في الحالة الأولى المواجهة تتحدد بين حياتين أو سلامة جسدين ، أما في الثاني تكون بين حياة طرف و احترام جثة طرف آخر ، أو احترام مشاعر أسرته ، و الفاصل الأساسي بين الحالتين هو قيد تقتضيه الحالة الأولى و هو الحفاظ على حياة المتنازل أو على سلامة جسده ، و هو قيد لا يعرض في الحالة الثانية .

لكن مع ذلك يجب الوقوف عند حدود معينة ، بحيث لا يترتب على الاستئصال التمثيل بالجثة فيما لا ضرورة له (2) ، هذا بالنسبة للحالة الثانية مع مراعاة الإذن من المتوفى أو عائلته .

و من المسائل التي طرحت في مجال زراعة الأعضاء البشرية إمكانية الاستفادة من الأجنة المجهضة في عمليات زراعة الأعضاء (3) ، هذه القضية التي ما كنا لنتعرف عليها لولا التقدم العلمي الهائل الذي نعيشه الآن على ساحة الطب ، و هي بلا شك لم يتناولها نص من الكتاب أو السنة ، كما لم يفتي فيها علماء المسلمون القدامى ، لذا سنبين التعقيب على هذه التصرفات و كذا الحكم الشرعي لها .

١- د. ماروك نصر الدين ، المرجع السابق ، صفحة ٢٩٢ .
٢- الفتوى رقم ١٨٨ الصادرة عن فضيلة مفتي الديار المصرية بتاريخ ١٣ محرم ١٣٩٤ هـ الموافق لـ ١٩٧٤/٠٢/٠٥ السابق الإشارة إليها .
٣- د. أمين عبد المعبود زغلول ، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية ، جامعة الأزهر ، صفحة ١٥٠ .

فبغض النظر على مشكلة الإجهاض بحد ذاتها ، و التي تخرج عن موضوع بحثنا، فان الأجنة التي يمكن الاستفادة من أعضائها و التي نجدها في معظم المراكز الطبية هي أجنة مجهضة عمدا ، و الاستفادة من أعضاءها تتوقف على مدى نمو ذلك العضو في الجنين (١) ، بحيث أن الأجنة المجهضة في الأشهر الأولى من الحمل لا تكون صالحة كثيرا لعمليات زراعة الأعضاء ، و لكن بعد الشهر الرابع << مرحلة نفخ الروح >> تكون أكثر فائدة ، و الأعضاء التي تؤخذ يجب أن تؤخذ من أجنة حية أو أجنة خرجت من بطون أمهاتها حية (٢) ، ووجهة نظر الشريعة الإسلامية في هذا الصدد لا شك تختلف باختلاف المرحلة التي يكون فيها الجنين ، فهي إما مرحلة قبل نفخ الروح أو مرحلة ما بعد ذلك ، كما تختلف حال الجنين حيا أو ميتا ، فإذا كان الجنين قد استقبل الروح بمضي ١٢٠ يوما على تكوينه ، و لم ترحل عنه هذه الروح ، فانه آدمي حي ، و أخذ أحد أعضائه يسبب حتما مفارقة روحه لجسده ، و هذا يشكل قتلا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق له ، و إن نجى من الموت كيف التصرف على أنه إيذاء عمدا لجسم آدمي ، و هذا لا يختلف سواء كان الجنين في بطن أمه أو سقط منه مادام حيا ، و تعرف حياته بصدور أي حركة إرادية منه ، أما إذا فارقت الروح جسد الجنين بوفاة دماغه سواء كان في البطن أو خارجه يصبح أدميا ميتا ، و يكون أخذ أعضائه عنه بمثابة تصرف بجسد آدمي كان مسكنا للروح ، و هذا إذا تجاوز عمره ١٢٠ يوما ، أما قبل ذلك حيث لم تنفخ فيه الروح بعد فان أخذ عضو منه على النحو المبين سابقا لا يعد قتلا لآدمي ، و إن أدى ذلك إلى فقدانه النمو و التطور و هذا لا يكيف على أنه قتل (٣) و إنما هو إفساد للجنين بوقفه عن التطور و التخلق .

و الراجح على ضوء ما سبق ، أن الأصل في هذا المتصرف هو تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح ، و لكنه تحريم غير مطلق إنما هو يخضع لقاعدة الضرورات، و القاعدة التي توجب الأخذ بأعظم المصلحتين و دفع أعظم المفسدتين ، حيث أن مصالح هذا التصرف تتفوق على مفاسده من حيث الجملة ، أما من حيث التفصيل فينبغي أن ينظر إلى كل حالة بخصوصيتها ، و إلى قيمة المنافع التي من المتوقع تحقيقها و مقارنتها بما سبق ذكره .

\- -

١ - حيث أنه في الثمانية أسابيع الأولى من الحمل (طور النطفة و المضغة و العلقة) لا يمكن الاستفادة منه في عمليات النقل لأنه لا يملك أعضاء يمكن الاستفادة منها ، لكن بعد شهرين من الحمل تأخذ الأعضاء و الأطراف في النمو .

٢- ذكر الأستاذ حسن حتحوت في بحثه << و لعل أول استعمالات لأنسجة الأجنة و أبعدها عن الخلاف استزراع سلالات خلوية باستنباط قطع ضئيلة من الجنين و امتدادها أجيالا متعاقبة ، ...اكتشف بعض العلماء مؤخرا أن لبعض أنسجة الجنين فوائد علاجية مباشرة في بعض الأمراض و من أمثلة ذلك وضع النسيج الذي يكون قشرة الغذة الكظرية في مكان معين من مخ المريض بداء باركينسون فالمادة التي يفرزها هذا النسيج تجبر نقصا لتصلح الخلل ....>> وارد في المرجع د. أمين عبد المعبود زغلول ، المرجع السابق ، صفحة ١٥١ .

٣- لأن القتل بمعناه الاصطلاحي هو فعل من آدمي يؤدي إلى إزهاق روح آدمي آخر .

من هنا نرى أن الحكم الشرعي لهذا التصرف جائز بالنسبة للأجنة التي لم تستقبل الروح ، و جواز إسقاطها يعد لهذا الغرض من حيث الجملة مع ضرورة النظر إلى كل حالة على حدى ليستبعد من هذا الجواز الحالات التي تقتصر على مصالح تحسينية أو أقل منها مع الاحتفاظ بالشروط الواردة على هذا التصرف (١) .

أما إذا كان الإجهاض قد تم تلقائيا خطأ أو عمدا بقصد الاعتداء عليه أو على أمه فحسب ، دون غرض الاستفادة من أعضائه ، فلا بد للنظر إلى المرحلة التي و صلها الجنين ، فان كان مكتمل النمو و خرج حيا فلا يجوز المساس به لأن عكس ذلك يعد قتلا أو شروعا في القتل و هذا محرم شرعا .

أما إذا كان مكتمل النمو و لم يخرج حيا أو خرج غير مكتمل النمو و هناك قطع طبي على استحالة حياته ، هنا يجوز الاستفادة منه لأغراض العلاج الطبي الموثوق للأحياء و ضمن الشروط التالية :

١- أن تكون بموافقة الولي .
٢- أن تتعين هذه الاستفادة لصيانة حياة المستفيد أو وظيفة أساسية من وظائف الجسم .
٣- أن يتمتع المستفيد بحياة محترمة شرعا .
٤- أن يكون ذلك دون مقابل مادي (٢) .

و أخيرا يمكن القول أن توافر كل هذه الشروط سواء العامة أو الخاصة لا يثير أي أشكال ، لكن هل يعني هذا أنه لا يوجد أي مشكلة ؟ سيكون ادعاء ذلك بالطبع تهورا و طيش ، ففي الحقيقة لا يمكن أبدا تجاهل إرادة الشخص الذي يتوقع اقتطاع أحد الأعضاء من جثته ، فتشكل موافقة المتبرع أيضا في مجال اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى شرطا مهما لشرعية هذه العملية (٣) ، و هذا ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني .

١- د. أمين عبد المعبود زغلول ، المرجع السابق ، صفحة ١٦٢ ، ١٦٣ .
٢- حيث قررت اللجنة الاستشارية الفرنسية الاستفادة من الأجنة البشرية خارج الإطار التجاري سنة ١٩٨٤ و قصد استعمالها في الهدف العلاجي .
٣- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٣٧ .

المطلب الثاني :
الرضاء على الاستئصال من جثة المتوفى

إن عبارة الرضاء تدل على ثلاثة معاني مختلفة :

أولاً: يعتبر الرضاء ، حسب المعنى الأول ، عنصرا منشئًا للعقد ، ضروريا لتكوينه ، فمثلا في عقد البيع يأذن البائع بالتخلي عن ملكية العقار و يأذن المشتري بدفع الثمن .

ثانيا: ويتضمن المعنى الثاني السماح أو الترخيص الذي يعطيه الغير لإنجاز أحد التصرفات القانونية ، كإعطاء الأبوين موافقتهم من أجل زواج ابنهم القاصر.

ثالثاً: ويقترب المعنى الثالث لمفهوم الرضاء من المعنى الثاني ولكنهما يبتعدان من حيث أن الرضاء هنا ينبعث من نفس الشخص الذي سيوجه ضده الاعتداء بشكل مباشر وليس على الغير، ومن هنا نصل إلى مفهوم الرضاء على التصرف الطبي ، فاستنادا لمبدأ الحرية التعاقدية المطبق في القانون الطبي ، لا يمكن إجبار أحد على الخضوع لعمل طبي باستثناء بعض الحالات الخاصة ، فيجب على الطبيب الحصول على رضاء المريض في كل مرة يريد تنفيذ عمل طبي ، ويمثل هذا الرضاء الضروري المحافظة على الحقوق الشخصية بالتكامل الجسدي (١) .

ولا ينتقل الحق بالعلاج إلى الطبيب إلا في الحالة التي يكون فيها المريض ، الذي يعتبر سيد جسمه ومصيره الخاص ، قد منحه هذا الحق (٢) ، فرضاء المريض هو الذي سيسمح ، إذن بالتصرف الطبي ، أيا كان هذا التصرف فلكل شخص الحق في حماية تكامله الجسدي ويجب أن يلتزم الآخرون باحترام هذا الحق ، ولكن هل يستطيع الفرد نفسه التصرف قانونا بهذا الحق من خلال السماح للآخرين بالاعتداء على تكامله الجسدي ؟

لذا فسنتطرق في هذا المطلب إلى رضاء المتبرع الصريحة على استئصال أعضاء من جثته بعد وفاته ثم نتطرق إلى تبديل هذا الرضاء الصريح بقرينة الرضاء.

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

2- R. DIRKENS, Les droit sur le corps et le cadavre de l’homme, Masson et Scie 1966 page 6 et 7.

الفرع الأول :
الرضاء الصريح (الموافقة الصريحة)

تبعا لمبدأ الرضاء الصريح على اقتطاع الأعضاء لا يمكن إجراء عملية اقتطاع الأعضاء من جثة متوفى إلا إذا وافق المتوفى أو عائلته صراحة على ذلك .

١. رضاء المتوفى الصريح :

إن إدارة الشخص المتوفى يعبر عنها إما إيجابيا بقبول الشخص للاستئصال من جثته بعد وفاته أو تكون سلبا بعدم الرضاء بذلك وأياً كانت هذه الإرادة ينبغي احترامها، لكن هذه الإرادة هل ينبغي أن تفرغ في شكلية معينة ؟

لقد اختلفت التشريعات في هذا الشأن ، فذهب البعض لعدم استلزام أي شكلية ، بينما اشترطت تشريعات أخرى شكلية خاصة للتعبير عن هذه الإرادة سواء كانت بالسلب أو بالإيجاب ، حيث في حالة قبول الاستئصال من الجثة لا يعتد بهذا القبول إلا إذا كان كتابيا في شكل قرار كتابي أو وصية ، ومن بين التشريعات التي تعتد بذلك التشريع الجزائري في المادة ١٦٤ فقرة ٢ من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ في ١٩٨٥/٠٢/١٦ قبل تعديله التي جاء فيها : **<< وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني ، وهو على قيد الحياة....>>** ، لكن تم تعديل هذه المادة السالفة الذكر[1] ، حيث أصبح نصها كالتالي: **<<... وفي هذه الحالة يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفى أثناء حياته عن قبوله ذلك...>>** .

وبالتالي بعدما كان المشرع الجزائري يشرط الرضاء الكتابي للمتنازل أثناء حياته، تراجع في النص المعدل وبسط إجراءات التنازل حيث أباح الاستئصال من جثة المتوفى إذا عبر هذا الأخير عن قبوله بالتبرع بعضو من أعضائه ، ومن تم فإنه لم يشترط وسائل معينة للتعبير عن هذا الرضاء ، سواء كانت كتابة أو إشارة أو بطريقة ضمنية [٢] كما يمكن للمتبرع قبل وفاته أن يحدد أعضاء معينة لتكون محلا للانتزاع دون أعضاء أخرى من جثته ، كما يجب أن يحدد أغراض هذه العملية [٣] .

١- بموجب القانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ يوليو ١٩٩٠ ، جريدة رسمية العدد ٣٥ ، سنة ١٩٩٠ .

٢- المادة ٦٠ من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي : << التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لإيداع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا >> .

٣- سواء كانت علاجية حسب المادة ١٦١ فقرة ١ أو أغراض علمية تجريبية حسب المادة ١٦٨ فقرة ١ و ٢ من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

ومن التشريعات التي لم تشترط شكلية معينة لتعبير المتبرع عن رضائه لاستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته نجد المرسوم الملكي الإسباني، و كذا قانون ألمانيا الديموقراطية أما التشريعات التي اشترطت شكلية معينة للتعبير عن هذه الإرادة نجد مثلاً : القانون المصري الخاص بتنظيم بنك العيون ، الذي نص في مادته٣ على أنه : **<< يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها >>** ، وقد أخذت هذه المادة من القانون الفرنسي المؤرخ في ١٩٤٧/٠٧/٠٧ المتعلق بنزع القرنية الذي جاء فيه : **<< يمكن أن يتم اقتطاع الأعضاء من الإنسان لأجراء ترقيع القرنية دون مهلة وبنفس مكان الوفاة كل مرة يكون فيها المتوفى قد تبرع ضمن وصية بعيونه لمؤسسة عامة أو خاصة تمارس أو تسهل ممارسة هذه العملية >>**[١] ، نلاحظ من هذين القانونين أن التشريع الفرنسي وتبعه التشريع المصري يشترطان شكل الوصاية كطريقة للتعبير عن إرادة المتوفى .

كما أن المشرع الفرنسي في قانون ١٩٧٦/١٢/٢٢ المدعى بقانون Caillavet أخذ بطريقة أخرى لتعبير الشخص عن قبوله أو رفضه للتبرع بعضو من أعضائه بعد وفاته ، والمتمثلة في تسجيل تصريحاته في سجل معد لهذه الغاية في مكتب القبول في المستشفى المرخص له إجراء الاقتطاع ، وذلك على شكل النموذج الذي يحمل عنوان " شهادة رفض أو قبول اقتطاع الأعضاء" ، والذي وضع موضع التنفيذ في شهر جوان ١٩٧٨ .

ويجب أن يتضمن التصريح الذي يسجل في السجل المعلومات التالية [٢]:
- تاريخ وساعة التصريح .
- اسم ولقب وعنوان الشخص المعالج .
- الشروط والظروف التي تم ضمنها التعبير عن الإدارة .
- وصف كل الوثائق والمستندات والأدلة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة .
- توقيع المصرح .

ويبقى السجل مفتوحا أمام كل الأشخاص الراغبين بصياغة الرفض بأنفسهم أو القبول وكذلك أمام أي شخص يعلم برفضهم أو قبولهم ، فيمكن أن يتعلق إذا :

- بالشخص الذي يعالج نفسه سواء في لحظة قبوله أو أثناء معالجته في المستشفى.
- أب أو قريب الشخص الذي يعالج في المستشفى أو أي شخص آخر (جار، شخص آخر يعالج في المستشفى) كان قد حصل على تصريح أو وثيقة منه .
- موظف ينتمي إلى قسم المعالجة .

----
١ ، ٢ - أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ ، ٢٧٤ .

وفيما يلي نموذج عن شهادة رفض أو قبول اقتطاع الأعضاء المعمـول بـه فـي المستشفى المدني لستراسبورغ :

<u>المستشفى المدني في ستراسبورغ</u>
مركز المعالجة الإقليمي
شهادة رفض أو قبول اقتطاع الأعضاء

أنا الموقع (الموقعة) --------------------------------------
١- اسم ولقب الشخص المعالج في المستشفى --------------------
المولود في --------------------
المقيم في --------------------
٢- صفة المصرح (إذا لم يكن هو الشخص المعالج) ------------------
اسمه ولقبه ------------------------------------
درجة القرابة من الشخص المعالج في المستشفى (أقارب آخرين)--------
٣- أصرح بواسطة هذه الوثيقة :
- معارضتي لأي اقتطاع للأعضاء ------------------
- معارضتي للاقتطاع التالي ----------------------
- قبول كل حالات اقتطاع الأعضاء -----------------
على الشخص المعالج في المستشفى المحدد آنفا.
٤- الظروف التي تم التصريح خلالها -------------------
يحدد: طرق التعبير عن إرادة الشخص المعالج في المستشفى ------------
- الظروف التي تم فيها التصريح ----------------------------
٥- الإشارة إلى الوثائق والأوراق المختلفة المتعلقة بالتعبير عـن إرادة الـشخص المعالج في المستشفى --------------------------------
٦- ملاحظات خاصة أخرى: ---------------------------------
تم في -----------
في ---------------------------الساعة -------------
توقيع المصرح -------------- [1]

وهذا استلهم من مبدأ الموافقة الصريحة للمتوفي مـشروعان قـانونيين فرنـسيين يتعلقان باقتطاع الأنسجة والأعضاء بشكل عام .

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ .

فقد شكل اقتراح السيد GERBAUD بتاريخ ١٩٦٧/١٢/١٩ أحد هذين المـشروعين حيث نص في مادته الرابعة : **<< لا يمكن اقتطاع الأعضاء مـن أجـل زرعهـا عنـد أشـخاص آخـرين إلا اسـتنادا ، لإبـراز قـرار كتـابي تـم مـن قبـل المتبـرع استناد الوصية.... >>** [1] .

في حين نص المشروع الآخر الذي قدمه السيد BIZET بتاريخ ١٩٧٤/٠٥/١١ في مادته الأولى: **<< التبرع بالأعضاء قبل أو بعد الوفاة إرادي ومجاني ويتم التعبير عـن إرادة المتبرع بوصية حسب الأشكال المنصوص عليها بـالمواد ٩٧٦ إلـى ١٠٠١ مـن القانون المدني >>** [2] .

بالإضافة إلى القانون المصري والفرنسي اللذان اشترطا شكل معّين للتعبيـر عـن موافقة المتبرع باستئصال الأعضاء من جثته بعد وفاته نجد تشريعات أخرى ، كالتـشريع الأرجنتيني، التشيكوسلوفاكي، الدانماركي وتشريع أونتاريو بكندا.

لكن هذا الاتجاه تعرض للنقد الذي مفاده أن اشتراط الشكل الكتابي تشوبه بعـض العيوب حيث من النادر أن يفكر إنسان يتمتع بصحة جيدة فـي إعطـاء إذن باستئـصال أعضاء من جثته بعد وفاته ، ومن جهة أخرى المريض يأمل فـي أن يـستعيد صـحته وسعادته كيف نطالبه في أن يعبر عن إرادته بقبوله أو رفضه للاستئصال من جثته بعـد وفاته ، حيث أن الإنسان نعرفه أنه يمكن أن يستوعب أن الوفاة أمر محتم عليه، لكنـه لا يمكن أن يعيش أو بالأحرى غير مستعد لأن يعيش وفاته المعلنة ، حيث مثل هذا الإجراء من شأنه التأثير على حالته النفسية مما يعرقل شفاءه .

كما نجد بالإضافة إلى ما سلف ذكره في هذا الفرع حالة أخرى تطرح وهي إذا ما أوصى الشخص بجثته بعد وفاته بغرض الاستئصال منها أو لأغراض علمية ، فما مـدى حق الأقارب هنا في تنفيذ هذه الوصية أو الاعتراض عليها ؟

يرى جانب من الفقه المقارن أن التنازل عن الجثة قرار في غاية الخطورة بالنسبة لأسرة المتوفي لأنه يمس شعورهم ، فمن حقهم الاعتراض على هذه الوصية بالتالي عدم تنفيذها ، أما الرأي الراجح يقول أنه يجب على الأسرة احتـــرام وصيـــة المتـوفي والسعي لتنفيذها مادامت قد تمت وفق الحدود المشروعة ، فهي تعتبر ملزمة [3].

١- مشروع القانون رقم ٦٢١ الذي سجله السيد GERBAUD بتاريخ ١٩٦٧/١٢/١٩ .
٢- مشروع القانون رقم ١٠٠٩ الذي سجله السيد BIZET بتاريخ ١٩٧٤/٠٥/١١ .
٣- د. ماروك نصر الدين ، لمرجع السابق ، صفحة ٢٧٤ .

أما مؤتمر بيولوجيا سنة ١٩٦٩ فقد أوصى أنه إذا كان متوفي قد أعطى في حياته الإذن بأخذ عضو من أعضائه ، فإن رفض عائلته ليس له أي أثر، فرغبة المتوفى مقدمة على مشاعر أقاربه .

هذا في حالة قبول الاستئصال ، أما في حالة رفض الاستئصال فإن التشريعات استلزمت شكلية معينة لإثبات رفض الشخص المساس بجثته ، ومن هذه التشريعات التشريع الجزائري الذي نص في مادته ١٦٥ فقرة ١ من القانون رقم ٩٠/١٧ المتعلق بقانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي : **<< يمنع انتزاع الأنسجة والأعضاء بقصد زرعها إذا كان الشخص المعني قد رفض كتابيا وهو على قيد الحياة، وإذا كان الانتزاع يعيق التشريح الطبي ...>>** ، من هذه الفقرة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للشخص الاعتراض على المساس بجثته بعد وفاته على أن يكون هذا الاعتراض كتابة ، وهذا النص يعتبر نوعا من التزايد من قبل المشرع لا طائل منه ، إذ كيف يوصي الشخص بعدم المساس بجثته وهو المحترم قانونا والمكرم شرعا ، فإما أن يتنازل عن عضو من أعضائه أو يوصي بذلك أو يصمت عن ذلك .

وفي القانون المقارن نجد التشريع التشيكي أخذ بهذا الشرط أيضا، في حين هناك تشريعات لم تستلزم شكلية خاصة لإثبات رفض المتوفى للاستئصال من جثته بعد وفاته، و منها المرسوم الملكي الإسباني الخاص باستئصال الأعضاء ونقلها، وكذلك المرسوم الفرنسي الخاص بذلك ، لكن هناك اقتراحات صدرت لتفادي صعوبات إثبات الرضاء بعد الوفاة أو الحصول على الموافقة من طرف العائلة في الوقت الذي يستلزمه ذلك ، لذا نجد من اقترح بطاقات خاصة بالتبرع بالأعضاء(١) يحملها كل شخص معه بصفة دائمة مثل بطاقات التعريف الوطنية ، أو رخصة السياقة ، أو بطاقة العمل أو مجرد إمضاء يوضع على بطاقة ما يبين موقف الشخص من التبرع بأعضائه بعد وفاته دون الحاجة إلى التصريح من طرف عائلته (٢) .

كما يمكن إيداع سجلات خاصة في المستشفيات يسجل فيها ذلك ، وإذا تراجع الشخص عن رضاه ، يمكنه تمزيق هذه البطاقة وإعلام الجهة المصدرة لها ، وكذلك الرجوع عما سجله في سجل المستشفى من رضاه ، لكن إذا توفي الشخص دون الرجوع عما سجله في سجل المستشفى من رضى ، وكان يحمل معه إمضاءه على الاستئصال في بطاقة ما ، فالعثور على هذه البطاقة معه يعني رضاه بالاستئصال دون داع لأي إجراء آخر فيما يخص أسرته للحصول على رضاءه .

١- أنظر : د. نصر الدين مروك ، المرجع السابق ، ص ٢٦٣ الى ٢٦٥ .

٢- Greffes d’organes, comment remédier aux carrences de la loi ? le soir d’Algerie du 13 et 14/03/1998 .

هذه الطرق اتبعت في بعض الدول كأمريكا حيث يأخذ ببطاقات التبرع بالأعضاء يحملها الشخص معه بصفة دائمة ويوقع عليها المتنازل أمام شاهدين يوقعان أيضا على البطاقة ، وفي بلجيكا يمكن للمتنازل أن يطلب من الجهة المختصة أن يدون في بطاقته الشخصية موافقته على التصرف في جثته بعد وفاته ، وفي ألمانيا نجد تخصيص خانة في بطاقة التعريف خاصة بالتصرف في الجثث بعد الوفاة (١)، وهناك إشكال آخر يطرح في هذا المجال مفاده مدى إمكانية استئصال أعضاء المحكوم عليهم بالإعدام (٢) بعد تنفيذ الحكم عليهم مباشرة ؟

وحول هذا الإشكال نجد اتجاهين (٣) ، الأول يقول بجواز هذا الاستئصال من أجل المصلحة الإنسانية ، حيث المحكوم عليه بالإعدام لا يتضرر من أن يتم إعدامه على سرير محاط بالأطباء بدلا من المقصلة أو المشنقة ، كما أن هذا الاستئصال فيه نوع من التعويض للمجتمع عن الضرر الذي سببه هذا المجرم ، لكن يضيفون أنه يجب عدم إخبار المحكوم عليه بلحظة التنفيذ تفاديا لضرر المعنوي الذي قد يصيبه .

أما الاتجاه الثاني فقد قال بعدم جواز هذا الاستئصال من جثة المحكوم عليهم بالإعدام حيث لا يجوز المساس بجثتهم إلاّ ضمن الحدود القانونية ، حيث هم غير مجبرين على التبرع لأن هذا يتعارض مع الكرامة الإنسانية كما أن المجتمع يستوفي حقه بمجرد تنفيذ حكم الإعدام ، حيث ليس من حقه الاستئصال طالما القانون لم ينظم هذا الأمر ، كما أنه لا يمكن تحويل المهمة الإنسانية للطبيب في علاج المريض والحفاظ على حياته إلى مهمة تنفيذ أحكام الإعدام .

وقد رفض مؤتمر بيولوجيا لعام ١٩٦٩ فكرة تملك الدولة للجثة لأنها تعطي الحق في تتبع الإنسان حتى في متاهات القبور، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتناول مصير الجثة بعد تنفيذ حكم الإعدام ، وقد نص القانون الجزائري (٤) على السرية المطلقة لتنفيذ هذه العقوبة ومواراة الجثة في التراب ، كما أن تنفيذ هذه العقوبة يتم رميا بالرصاص ، حيث تكثر الطلقات النارية في جسم المحكوم عليه مما يؤدي إلى عدم صلاحية أعضاءه للنقل.

و استنادا لكل هذا ، نقول أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الذي لا يجيز المساس بجثة المحكوم عليه بالإعدام .

١- إذا دون في هذه الخانة حرف W فهو اختصار لكلمة – WIBERUHU - و هي تعني الرفض التام و بالتالي عدم قبول الاستئصال .

٢- د. حسام الدين الأهواني ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين الشمس ١٩٧٥ ، صفحة ٢٢٠ .

٣- د. عارف علي عارف ، مدى الاعتداء برضاء المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه << رؤية إسلامية >> مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد ٢ سنة ١٩٩٩ ، صفحة ٧٩ .

٤- المادة ١٩٩ من الأمر رقم ٢/٧٢ لسنة ١٩٧٢ المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين .

خلاصة القول هي أنه لإمكانية إجراء عملية استئصال للأعضاء على جثة المتوفى يجب الحصول على الموافقة الصريحة للمتوفى ، لكن بشكل عام إذا لم يعبر المتوفى عن رغبته فيما يتعلق بمصير جثته فيجب اللجوء إلى إرادة العائلة التـي مـن المفتـرض أن تعرف ، بشكل أفضل ، رغبات المتوفى .

٢. موافقة عائلة المتوفى :

انتقال الحق في التصرف بالجثة من المتوفى نفسه إلى عائلته لا يمكن تـصوره إلاّ في حالة وفاة الشخص دون التعبير عن موقفه من استئصال عضو من جثته ، وبالتالي لا يبقى إلا الحصول على الموافقة من أسرة المتوفى ، ويدخل هذا بديهيا ضمن الإطار العام لحق العائلة على جثة المتوفين ، لكن يتوجب علينا الاعتراف أن حقوق العائلة على جثـة أحد أعضائها ليس حق ملكية وإنما هو حق غير مالي (١) ونجد أساسه ضمن روابط الدم و العاطفة (٢) .

ويجب أن تقوم العائلة بإجراءات مصير الجثة الطبيعي المتمثلة في الدفن ، ويمكنها التبرع بالجثة إلى معهد تشريح وتستطيع العائلة أيـضا الـسماح أو معارضـة اقتطـاع الأعضاء إلاّ إذا عارض ذلك المتوفى أثناء حياته لأنه يجب أن لا ننسى أن الـدور الأول للعائلة هو تفسير رغبة المتوفى أي الكشف عن القرار الذي كان سيتخذه فيما لو كان هذا الموضوع قد طرح أمامه (٣) .

وقد كتب DIERKENS : << إذا لم ينص المتوفى على شيء فإن حـق اتخـاذ القرار يعود مبدئيا للعائلة >> (٤) .

كما أكد كل من FOURGOUX et PY << يبدو لنا ضروريا أنه إذا لـم توجـد موافقة وقائية من المتوفى فيجب الرجوع إلى الموافقة العائلة التي يتوجب عليها التعبيـر عن رغبة المتوفى بالشكل الأمثل >> (٥) .

وحول هذه النقطة نجد اختلاف في الآراء حيث هناك مـن يقـول (٦) بـضرورة الحصول على الموافقة الصريحة لأسرة المتوفى حتى يتسنى القيـام بإجـراء عمليـة

1- J. SAVATIER, Les greffe d'organes devant le droit, Cahiers Laennec, mars 1960 page 37.
2- R. DIERKENS, OP. CIT. Page 251.
٣- أحمد شرف الدين ، قانون نقل الأعضاء ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه باريس ١٩٧٥ ، صفحة ٧١٣ ، فقرة ٨٨٨ .
4- R. DIERKENS, OP. CIT. Page 251.
5- La Gazette du Palais 1968, page 86 .
٦- د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، صفحة ١٦٩ .

الاستئصال من الجثة ، ويطرح السؤال عندئذ حول معرفة من هم أعضاء الأسرة القادرين على الموافقة ؟

اقترح GERBAUD ضمن مشروع قانونه إعطاء هذه السلطة إلى كـل الورثـة الشرعيين بموجب موافقة خطية ، ومن الملائم الإشارة إلى أن هذا الاقتراح قد يأخذ طابعا مستحيلا ، لأن اشترط موافقة كل " الورثة الشرعيين" فيه مبالغة كبيرة وقد يؤدي إلى شلل اقتطاع الأعضاء بشكل كامل مما يوصله إلى هدف معاكس تماما للهدف الذي كان يبتغيه.

وفي الواقع من المستحيل عمليا الاتصال ضمن فترة قصيرة بكل أعضاء الأسـرة الذين قد يكونون منتشرين وغير معروفين بالتأكيد من قبل المستشفى ، بالإضافة إلى ذلك فإن اعتراض فرد واحد من أفراد العائلة يبطل حسب نص المشروع كل الموافقات الخطية لباقي أفراد العائلة على اقتطاع الأعضاء (١) .

وبالتالي تمحورت المشكلة لإنشاء حق أفضلية بين الأشخاص المسموح لهم إعطاء موافقتهم على اقتطاع الأعضاء من جثة أحد أفراد عائلتهم ، لكن ما هو الترتيـب الـذي يجب تبنيه ؟

هل نأخذ بالترتيب الوراثي ؟

قد لا يتمكن الفريق الطبي من معرفة الورثة خلال هذه المدة القـصيرة ، ولـيس ضروريا ، من ناحية أخرى ، أن يكون الزوج هو الذي يعـرف بـشكل أفـضل رغبـة المتوفى رغم أنه مبدئيا الأكثر عاطفة وحميمية معه (٢) .

ويشترط لتبرير حق أفضلية الزوج وجود مشاعر عاطفة زوجية فعلية بيـنهم وإذا تبين من الظروف المحيطة بهم أن التفاهم المطلوب لم يكن سائدا بينهم أثناء الزواج فـإن هذا الحق سيعطي إلى قريب آخر.

هل نأخذ بالترتيب الناتج عن حق تحديد مكان وشكل الدفن ؟

ولكن هذا المعيار واسع بالطبع وقد قررت محكمة النقض ، في الواقع ، أنه عنـد حدوث خلاف بين أفراد العائلة فيجب " البحث ضمن ظروف الدعوى عن العناصر التـي تسمح بتفسير رغبة المتوفى بشكل أفضل (٣) .

1- B.DUBO, La transplantation d’organes, étude de droit privé, thèse Lille 1978, page 254.
2- R. DIERKENS, OP. CIT. Page 276.
3-R. LINDON, Les droit de l a personnalité, DALLOZ 1974, chron 111, page 191 et suivantes.

وقد تم إنشاء أفضلية بموجب القانون الفرنـسي المـؤرخ فـي ١٩٤٦/١٠/١٦ (١) ومرسوم ١٩٤٧/٠٧/١٦ (٢) والمنشور الوزاري المؤرخ فـي ١٩٤٦/٠٨/٢٨ (٣)، حيـث نظم هذا الحق نقل وتسليم جسم المحاربين القدماء وضحايا الحرب إلى العائلة وقد أسـس هذا الترتيب كما يلي: الزوج غير المطلق وغير المنفصل عن شـريكه ، الأولاد ، أب أو أم ، أخ أو أخت ، أجداد ، العشيق أو الخليل .

كما قد حددت المادة ٧٥ من اللائحة العامة للمستشفيات في إقليم الـسين (Seine) الأقارب الذين تقبل معارضتهم على تشريح جثة أحد أفراد عائلتهم : السلف والخلـف ذو القرابة المباشرة والزوج الباقي على قيد الحياة .

أما القانون الجزائري فنجد المادة ١٦٤ فقرة ٣ من قانون حماية الصحة وترقيتهـا تنص على أن : **<< ......إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته ، لا يجوز الانتـزاع إلا بعـد موافقة أحد أفراد أسرته حسب الترتيب الأولي التالي : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت ، الأخ أو الأخت ، أو الولي الشرعي إذا لم تكن للمتوفى أسرة....>>** من هذه الفقرة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اشترط الحصول موافقة أسرة المتـوفى مـن أجل إجراء عملية الاستئصال وقد تبنت ، حق أفضلية أفراد العائلة على إعطاء مـوافقتهم على اقتطاع الأعضاء من جثة أحد أفراد عائلتهم ، الترتيب المذكور في المادة والمتمثـل في : الأب أو الأم ، الزوج أو الزوجة ، الإبن أو البنـت، الأخ أو الأخـت ، أو الـولي الشرعي إذا لم يكن للمتوفى أسرة .

ومن التشريعات التي أخذت بشرط موافقة أسرة المتوفى لاستئصال أعـضاء مـن جثة أحد أفراد عائلتهم إذا لم يعبر هذا الأخير عن موقفه من الاستئصال من جثتـه نجـد تـشريع لوكـسمبورغ ، إيطاليـا ، البرازيـل ، الأرجنتـين ، الكويـت ، وكذا مقاطعة الكويبك بكندا .

ويمكن إبراز ملاحظة في هذا الشأن حيث أننا نعرف في الأصل أن حق الأسـرة في التصرف في جثة المتوفى لا ينشأ إلاّ بعد التأكد من الوفاة ، لكن نجد بعض التشريعات تستوجب الحصول على موافقة الأسرة قبل الوفاة إذا كانت هـذه الوفـاة حتميـة، أي أن المريض يكون في حالة غيبوبة نهائية ، ولا يمكن إبداء موافقته أو رفضه مما يدعو إلـى اللجوء إلى طلب التصريح بذلك من طرف أسرته ، حيث أن هذا الشخص يكون ميتا من الناحية الطبية لموت خلايا مخه ، لكنه من الناحية القانونية لا يزال يتمتع بالحيـاة ، ولا

١-الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في ١٩٤٦/١٠/١٧ ، صفحة ٨٨٠٢ .
٢- الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية المؤرخة في ١٩٤٧/٠٧/١٧ ، صفحة ٦٨٢٢ .

3- La Gazette du Palais 1946, page 389 .

يعتبر ميتا من الوجهة القانونية إلاّ بعد اتخاذ الإجراءات الرسمية لوفاته ومن هذه اللّحظـة يمكن الحصول على موافقة أسرته بوقف أجهزة الإنعاش الصناعي وإجراء الاستئـصال فورا (١).

إلا أن هذا الاتجاه القائل بضرورة موافقة العائلة على اقتطاع الأعضاء مـن جثـة أحد أفرادها يثير عدة مشاكل :

هذا الاتجاه حتى وإن كان يراعي الشعور الإنساني لأسرة المتوفى إلاّ أنه يجعـل المدة الضرورية للحصول على موافقة العائلة على اقتطاع الأعضاء غير مفيد غالبا بحيث يتعذر الاستفادة منه ولا تتوافق الضرورات التقنية لنقل الأعضاء مـع البطـئ المـرتبط بالإجراءات التي تعطي أهمية للحصول على موافقة العائلة حتـى وإن اقتـصرت علـى شخص واحد .

ثم لاحظ الأطباء ، وهم على صواب ، صعوبة طلب الحـصول علـى الموافقـة العائلة المتأثرة لوفاة أحد أفرادها ، وقد صرح الـسيد JEANNENEY وزيـر الـشؤون الاجتماعية (٢): << لا يتخيل المرء كم هو شاق بالنسبة للطبيب أن يطلب موافقة العائلـة في اللحظة التي يبلّغها فيها موت شـخص عزيـز عليهـا وكـم هـذا القـرار مـؤلم بالنسبة للأهل >> .

ونظرا للمشاكل والانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه الأول ، ظهـر رأي آخـر (٣) يقول بافتراض رضى الأسرة إلى أن يثبت العكس ، أي إباحة عمليات الاستئـصال مـن الجثة دون الحاجة إلى طلب رضى أفراد الأسرة ، ما لم يعبر هؤلاء صراحة عن رفضهم لأي استئصال على جثة قريبهم المتوفى .

وهذا لا يعني أن الاستئصال يتم سرا ، و لكن عند وصول حالـة المـريض إلـى الغيبوبة النهائية نخبر أسرته بذلك ويعزم الأطباء على الاستئصال دون انتظار الموافقـة من الأسرة ، حيث أن الإخطار وعدم الرد في الوقت المناسب يؤخـذ علـى أنـه عـدم اعتراض.

إذا وفق هذا الرأي ، الأصل هو إباحة استئصال الأعضاء من الجثة دون تصريح أسرة المتوفى (٤) بذلك والاستثناء هو عدم القيام بالاستئصال إذا صـدر اعتـراض مـن

---

١ - د. نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، صفحة .....

2- Bulletin de l’Académie Nationale de médecine, 18/05/1976 , page 352.

٣ - د. نصر الدين ماروك ، المرجع السابق ، صفحة ٢٧٥ .

٤ - حيث جاء في مؤتمر رجال القضاء المنعقد في بيولوجيا : << و من المناسب تبصير الرأي العام لكي يدرك أن قرينة الرضـاء بالنـسبة لعملية استئصال الأعضاء تشبع مصلحة عامة ، و تستجيب لأغراض إنسانية و لفكرة التضامن بين البشر ، و انهالا تنطوي على أي مـساس بالشعور بالرحمة و الاحترام الواجب لجثة المتوفى أو النيل من كرامته >>

أسرة المتوفى ، وأخذ بهذا الرأي كل من التشريع الإنجليزي ، الإيطـالي ، السويـسري و الفرنسي..........

إلاّ أن هذا الرأي أيضا لم يسلم من النقد ، فنقاده يعتبرون أنه ينطوي على خطورة كبيرة ، إذ هو لا يلزم الطبيب بالحصول على الموافقة المسبقة من الأقارب ، لكنه يمنعـه من إجراء الاستئصال إذا اعترضت الأسرة ، لكن هذا الاعتراض لا توجد أي قرينة على وجوده من عدمه في الوقت المناسب ، فقد يصر الأقارب على أنهم اعترضوا في الوقـت المناسب ، أي بعد بدئه في العملية .

وما يزيد من الخطورة التي ينطوي عليها هذا الرأي أن الطبيب غير ملزم بإخطار أسرة المريض عن عزمه بالقيام بالاستئصال لأن الإخطار يستوجب وقت من أجل معرفة الأقارب وتحديد موطنهم ، وهذا يتنافى مع سرعة العمليات ، وكذا مع ميزة هذا الاتجاه ، حيث عدم إلزام الطبيب بانتظار مدة معينة بعد الوفاة للاستئصال يعني إعفاء الطبيب مـن الحصول على الموافقة (1) .

أما إذا صدر الاعتراض من طرف الأسرة في الوقت المناسب لكن الطبيب لم يعتد به وقام بالاستئصال ، فإنه يتعرض للمسؤولية الجنائية والمدنية .

بعد أن تطرقنا لموافقة المتبرع الصريحة سواء كانت منه شخصيا أو من عائلتـه، وإلى الانتقادات التي وجهت لهذه الموافقة ، ظهر اتجاه ثالث ، و هو الاتجـاه الحـديث، الذي يرى بتبديل الموافقة عن طريق اللّجوء إلى قرينة الموافقة ، وهذا ما سنتطرق إليـه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني :
الرضاء الضمني (قرينة الموافقة)

تتألف قرينة الموافقة في الواقع من أن المبادرة بالحصول على الموافقة لاقتطـاع الأعضاء لا تقع على عاتق الجراح الذي يجب أن يكون مسموحا له اقتطاعها مـن جثـة المتوفى إلاّ إذا عارض ذلك ، بالمقابل يقع على عاتق الشخص الذي لا يقبل الاقتطـاع أن يأخذ المبادرة بالمعارضة(2) ، وسندرس فيما يلي مبدأ الرضاء الضمني (الموافقة الضمنية) والغاية منه .

---

1 - د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، صفحة ٢٩٠ .
2 - د. أحمد شرف الدين ، المرجع السابق ، صفحة ٦٨٥ .

١. مبدأ الرضاء الضمني (الموافقة الضمنية) :

يستند هذا المبدأ على الإرادة الضمنية للمتوفى ، فالذي لا يعارض هـذا الاقتطـاع يعتبر أنه قد وافق عليه ، إذا المبدأ هنا هو حرية الأطباء باقتطاع الأعضاء أو الأنـسجة بعد وفاة الشخص لأغراض علاجية أو علمية ، ولا يوجد على هذه الحرية سوى قيد وحيد هو رفض صاحب الشأن الذي يجب أن يتم التعبير عنه أثناء حياته بشكل صريح (١) .

وقد أخذ بمبدأ الرضاء الضمني (قرينة الموافقة) القانون الفرنسي رقـم ٧٦/١١٨١ المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٢ المعروف بقانون Caillavet ، الذي تنص المادة ٢ منه علـى ما يلي :**<< يمكن اقتطاع لأهداف علاجية أو علمية من جثة شخص لم يعلم أثناء حياته عن رفضه مثل هذا الاقتطاع >>** .

وقد أحدثت هذه القرينة وخاصة ضمن القانون الفرنسي رقم ٧٦/١١٨١ المـؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٢ صعوبة تتمثل في معرفة عدد الأعضاء المقتطعة ، فـصيغة الجمـع المستعملة في المادة السالفة الذكر من قانون رقم ٧٦/١١٨١ تعطي الاعتقـاد بـشرعية الاقتطاع المتعدد للأعضاء .

فحسب J.P.GRENOUILLEAU في تعليقه على القانون السالف الـذكر المتعلـق باقتطاع الأعضاء << نظريا يمكن اقتطاع الأجـزاء المختلفـة للجثـة حتـى لا يبقـى منها شيء أبدا >>(٢) .

في حين لم تثر المادة ١ من نفس القانون المتعلقة بـالمتبرع الحـيّ إلاّ بالـصيغة المفردة مما يعني أنه في هذه الحالة لا يمكن أن يكون محلاً للاقتطاع إلاّ العـضو الـذي وافق المتبرع على اقتطاعه .

أما بالنسبة للرأي الشخصي للعائلة ، فقد غض القانون رقم ٧٦/١١٨١ السالف الذكر المعروف بقانون Caillavet النظر عنه ، فاعتبارا من اللحظة التي تحدد فيهـا الموافقـة الضمنية لا مجال لتفسيرها من قبل العائلة لأنها لم تعد تملك مبدئيا التـدخل فـي عمليـة الاقتطاع سواء كان ذلك من أجل الموافقة أو الاعتراض عليها .

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٥٤ .

2- J.P. GRENOUILLEAU, Commentaire de la loi n° 1181/76 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d’organes, DALLOZ 1977, chronique 29, page 217 et suivantes.

ومن جهة أخرى بأي حق يستطيع الأب الذهاب ضد الإرادة الـضمنية للمتـوفى الذي لم يعارض الاستفادة من جسمه لإنقاذ شخص آخر ؟ فلم يعد يقبل إذا أي معارضـة محتملة من جانب أحد أفراد العائلة(١) .

وبهذا الخصوص ذكر قرار مجلس الدولـة المـؤرخ فـي١٨ مـارس ١٩٨٣ (٢) بهذا المبدأ : << يستبعد القانون قيام أحد أفراد العائلة بمعارضة الاقتطاع إذا لـم يظهـر الشخص المتوفى معارضة على ذلك خلال حياته >> .

ولكن في أغلب الأوقات لا يظهر الأشخاص قصدهم بـالتبرع بأعـضائهم لـذلك يضطر الجراح غالبا للاتصال بالعائلة للاستعلام أحيانا عن رغبات المتوفى ؟

وفي الواقع ، من الممكن أن يكون هذا المتوفى قد أظهر رفضه لعائلته كي تسجلها في السجل ، فيبدو الرجوع إلى رأي العائلة ضروريا إذا لم يتخذ المتوفى أي إجراء .

مع ذلك ، لم يعطي قانون Caillavet أهمية إلاّ للرفض الذي عبر عنه المتوفى أثناء حياته والعائلة التي بقيت ، ليس إلاّ ناطقًا رسميا له ، ولا تستطيع إعطاء رأيها الخاص إذا لم يظهر المتوفى رغبته قبل وفاته(٣).

وبالتالي ، من الناحية النظرية ، عدم معارضة المتوفى نفسه لإجراء الاقتطاع تكفي ، لكن عمليا أدى احترام رغبة العائلة بمعارضة هذا الاقتطـاع للعـدول عنـه رغـم أن المتوفى نفسه لم يعارض هذا الاقتطاع (٤).

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإننا نجـد أنـه وفقـا لـنص المـادة ١٦٤ فقرة ٢ و٣ يمنع أي استئصال للأعضاء من الجثة إلا بعد الحصول على موافقة المتنـازل أثناء حياته أو موافقة أسرته من بعد وفاته ، إذن مبدئيا المشرع الجزائري يأخذ بالموافقـة الصريحة لاقتطاع الأعضاء ، لكنه استثناءا قد استحدث فقرة جديدة في تعديله للقانون رقم ٨٥/٠٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بموجـب القـانون رقـم ١٧/٩٠المـؤرخ فـي ٣١/ يوليو ١٩٩٠ ، وهي الفقرة ٤ من المادة السالفة الذكر (المادة ١٦٤) والتـي تـنص على ما يلي : **<< غير أنه يجوز انتزاع القرنية والكلية بدون الموافقة المـشار إليهـا أعلاه**(٥) **إذا تعذر الاتصال في الوقت المناسب بأسرة المتوفى أو ممثليـه ، وكـان تأخير أجل الانتزاع يؤدي إلى عدم صلاحية العضو موضوع الانتزاع .**

١- د. أحمد عبد الدائم المرجع السابق ، صفحة ٢٥٥ .

2- Conseil d’état, 18/03/1983, JC. CIV, fasc. 20111, 1983.

3- H. NIVET , Les prélèvements d’organes pour la transplantation, Paris 1992 .

٤- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٥٦ .

٥- حيث تنص هذه الفقرة : << إذا لم يعبر المتوفى أثناء حياته لا يجوز الانتزاع إلا بعد موافقة أحد أعضاء أسرته >>

إذا اقتضت الحالة الصحية الاستعجالية بالمستفيد من العضو التي تعاينها اللّجنة الطبية المنصوص عليها في المادة ١٦٧ من هذا القانون >>.

من هذه الفقرة يتضح أنه إذا كان من غير الممكن الحصول على الموافقة من أفراد أسرة المتوفى ، فإنه يجوز للطبيب أن يقوم بالمساس بالجثة واستئصال العضو المحتاج إليه ، و يكون ذلك في حالتي استئصال الكلية أو القرنية ، وقد قورنت هاتين الحالتين بالحالة الإستعجالية للمريض التي تستوجب النقل بسرعة إنقاذا لحياته ، وهذه الحالة الإستعجالية تعاينها اللجنة الطبية التي نصت عليها المادة ١٦٧ من قانون حماية الصحة و ترقيتها .

وقد جاء في اقتراح التعديل من أجل استحداث هذه الفقرة ما يلي: << ......أن نقل الأنسجة والأعضاء لا يمكن أن يتم إلاّ بعد التأكد الطبي والشرعي من الوفاة طبقا للمعايير المحددة من طرف وزير الصحة.....وتحدد الحالة الإستعجالية من طرف اللجنة المعلن عنها في المادة (١) ١٦٧ . ...وإن النقل من أجل زرع قرنية العين من أشخاص المتوفين يمكن القيام بها من طرف طبيب أخصائي في أمراض العيون تحت مسؤولية الطبيب رئيس المصلحة >> .

أما في عرض أسباب هذا التعديل فقد عبرت اللجنة عن موقفها بما يلي :<< المادة ١٦٤ حسب صياغتها في المشروع تمنع نقل القرينة ولم تأخذ بعين الاعتبار مدة صلاحية هذا النسيج حيث يصبح غير صالح إذا تم نزعه بعد ٦ ساعات من حدوث الوفاة >> ، ويهدف هذا التعديل المقترح إلى السماح لكل طبيب أخصائي في أمراض العيون بنقل القرنية من الجثث .

أما القرار التكميلي(٢) فكان كما يلي: << بعد الحوار الواسع ودراسة مختلف جوانب الموضوع ، توصلت اللجنة إلى صياغة مشتركة مع مندوب أصحاب التعديل أبقت بمقتضاها على موافقة أهل المتوفى الشرعيين في حالة عدم التعبير عن إرادته في حالة وفاته .

ونظرا للوضعيات التي يوجد عليها مرضانا ، و رفض استقبالهم في المستشفيات الأجنبية والأخطار التي تعرض للموت ، فإنه بالنسبة لقرنية العين والكليتين لا يشوه انتزاعهما الجسم ، ولأنهما يشتد الطلب عليهما من مرضانا وسهولة عملية زرعهما وتوفر الوسائل البشرية والمادية لذلك في عدد من المستشفيات ، فإنه تم الاتفاق على معالجة هذه الوضعية الإنسانية الحساسة على مستوى المادة >> ، هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري

١- تكون هذه اللجنة حسب القرار رقم ١٦ الصادر عن وزير الصحة بتاريخ ١٩٩١/٠٣/٢٣ من لجنتين طبيتين الأولى الخاصة بنقل قرنية العين و الثانية الخاصة بالكلية .

٢- التقرير التكميلي حول اقتراح القانون المعدل و المتمم لقانون حماية الصحة و ترقيتها ، المجلس الشعبي الوطني ، الفترة التشريعية الثالثة دورة الربيع ١٩٩٠ ، أعمال لجنة الصحة و أعمال لجنة الشؤون الاجتماعية ، صفحة ٣ .

قد خرج عن القاعدة العامة وسمح باستئصال الكلية والقرنية دون موافقة أحد ولكن سواء كان الاستئصال يخص القرنية أو الكلية ، التي مردها حالة الاستعجال التي يكون عليها المريض المتلقي لهذا العضو، هذه الحالة الاستعجالية تقررها اللجنة الطبية التي أوكلت لها مهمة الفصل في الاستئصال من الجثة من عدمه .

وبخصوص هذه النقطة الأخيرة ، اقترح مشروع قانون(1) يعدل ويتمم القانون رقم ٠٥/٨٥ كما يعدل ما جاء في القانون المعدل له رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ يوليو ١٩٩٠ حيث جاء في عرض أسباب هذا الاقتراح ما يلي : << في الوقت الذي يعد فيه زرع الأعضاء والأنسجة ممارسة شائعة في عدد كبير من البلدان بما فيها عربية ومسلمة ، ففي الجزائر ورغم التعديلات التي أدخلها القانون رقم ١٧/٩٠ على القانون رقم ٠٥/٨٥ لا تزال العراقيل باقية تعيق عملية زرع الأعضاء والأنسجة ، في الواقع ، رغم كونه وضع نزع القرنية والكلى إجراء استثنائي وخارج عن مبدأ الموافقة الصريحة والمسبقة التي يدلي بها المانح وعائلته (بالأخذ بعين الاعتبار أجل بقاء هذه الأعضاء والأنسجة على قيد الحياة) ، فإن قانون عام ١٩٩٠ ، يشترط في هذه العملية تدخل لجنة طبية يجب أن تثبت الحالة الإستعجالية التي يبقى اجتماع أعضائها في هذه الفترة مستحيل التحقق ، وقصد القضاء على هذه الصعوبات فإنه يقترح تسهيل الإجراء الاستشفائي باشتراط عدم معارضة المانح أثناء وجوه قيد الحياة بدلاً من الموافقة الصريحة ويرجع النص المقترح تحديد شروط إثبات معارضة النزاع إلى التنظيم >>(2) ، وقد جاء في المادة ٢ من هذا التعديل المقترح ما يلي :<< تعدل المادة ١٦٤ من القانون رقم ٠٥/٨٥ و المشار إليه أعلاه إلى ما يلي :

الفقرة الأولى .....بدون تغيير.
الفقرة الثانية ......بدون تغيير.
الفقرة الثالثة .....بدون تغيير.

بغض النظر عن الفقرتين ٢ و٣ من هذه المادة فإن نزع القرنيات والكلى والأنسجة المتعددة الأوعية والأنسجة الصميمية يمكن أن يتم ما لم يعارض ذلك الشخص المتوفى متى كان على قيد الحياة وهذا دون المساس بأحكام الفقرة ١ المشار إليها أعلاه.

تحدد إجراءات تطبيق الفقرة الرابعة المشار إليها عن طريق التنظيم >> .

من كل ما ورد نلاحظ أن المشرع الجزائري يرخص للطبيب مباشرة هذا الاستئصال لأنه لا يعد مساسا بحرمة الميت ، كما أنه يهدف للحفاظ على حياة الشخص المريض .

١- اقترح هذا المشروع لسنة ١٩٩٨ .
٢- مشروع قانون يعدل ويتمم قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدل بالقانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ يوليو ١٩٩٠ ، عرض الأسباب ، الصفحة ١ و ٢ .

بذلك يكون المشرع الجزائري قدساير الاتجاه القائل باستئـصال الأعـضاء دون موافقة أحد ، لكنه حكر واستثنى ذلك على حالتين اثنتين هما الكلية والقرنية ، لكنه علـق كل ذلك على الحالة الاستعجالية للمريض والتي تقررها اللجنة الطبية المنصوص عليهـا في المادة ١٦٧ وقد جاء مشروع الاقتراح الأخير(١) باقتراح إلغاء الإجراء الخاص بتقرير الحالة الإستعجالية للمريض المتلقي ، حيث أن الاستئصال ككل يتوقف على كلمـة هـذه اللّجنة التي يصعب اجتماع كل أعضائها في وقت قصير يتلاءم مع سرعة النقل وصلاحية العضو الخاضع للنقل سواء كـان القرنيـة أو الكليـة أو الأنـسجة المتعـددة الأوعيـة والأنسجة الصميمية .

حيث يقترح الاكتفاء بعدم اعتراض المانح أثناء حياته على الاستئصال من جثتـه، ويكون ذلك أيسر من اشترط الموافقة الصريحة ، ويقوم القانون بتنظيم إثبات معارضـة النزع ، إذا هذا النص سيسمح للجراحين القيام بالاستئصال من جثة شخص ميت لم يعبر أثناء حياته عن رفضه لأي استئصال من جثته بعد وفاته ، أي أن التـشريع الجزائـري أخذت نفس منحنى التشريعات الأجنبية خصوصا التـشريع الفرنـسي رقـم ٧٩/١١٨١ المؤرخ في ١٩٧٦/١٢/٢٢ السالف دراسته ، فإرادة الشخص هنا حتما ستكون مفترضة ، لكن هذا لا يعني أنه إنكار أو إغفال نهائي وقاطع للإدارة الحقيقية ، فالجسم ليس ملكيـة تستغل من أجل المنفعة العامة ، والجراح لا يمكنه أن يتصرف بحرية تامة فـي الجـسم حتى لو كان هذا الأخير في خدمة الجماعة ، لذا يجب تنظيم طرق النقل وطرق التعبيـر عن رفض الشخص للتبرع بأعضائه تنظيما يقيد من حرية الطبيب في المساس بهذا الجسم ، وذلك عن طريق مراسيم تنفيذية .

لكن الأخذ بهذا المبدأ يثير التساؤل التالي : هل النص يشمل كل المرضى أم أنـه يخص فقط من يموتون في المستشفيات ؟ هل مـن يموتـون فـي منـازلهم معرضـون للاستئصال من جثتهم ؟

إذا أجاب محرر المرسوم بنعم فهذا أمر منطقي ، حيث كـل مـن يموتـون فـي المستشفيات دون أن يعبروا عن رفضهم لأي استئصال سيتم الاستئصال من جثتهم ، لكننا هنا سنواجه مشكل أخلاقي شائك يتمثل في عدم المساواة في الوفاة بين من سيموتون فـي المستشفيات وبين من يموتون في منازلهم ، حيث لن يتعرضوا للاستئصال وهذا سـيؤدي حتما إلى التهرب من المستشفيات ، كذلك يثار التساؤل التالي:

هل كل المستشفيات يكون مصرح لها بتطبيق النص الجديد أم يجب علـى وزارة الصحة أن تحدد قائمة المستشفيات التي يمكنها إجراء مثل هذه العمليات ؟

١- لسنة ١٩٩٨ السابق الإشارة إليه .

وهذا حتما سيقودنا إلى تفرقة هامة ، مفادها أن سكوت الشخص في هذه المستشفيات المعتمدة سوف يعتبر بمثابة رضى للاستئصال ، أما في المستشفيات غير المعتمدة ، فإن سكوت الشخص لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتباره رضى .

وأخيرا يطرح فيما يخص قرينة الموافقة السؤال التالي : هل يجب المحافظة على هذا المبدأ أم يجب على العكس إلغائه ؟

لقد أبدى الفقهاء معارضة قوية ضد هذه القرينة واصفين إياها بأنها فخ ، وقد عبر الدكتور FENSCH فعليا بعد فترة وجيزة من تبنى قانون Caillavet بهذه الألفاظ :
<< هذا القانون فخ ومكر مما سيسمح بوصوله فجأة عند الأشخاص المتوفين نتيجة حادث كالشيوخ والعجزة والمشردين أي الأكثر ضعفا و الأكثر حرمانا في هذه الحياة ، فالضحية الأولى لهذه التعليمات هم الناس الأقل معرفة أي البسطاء ، أولائك الذين لا يفقهون شيئا والذين يجب على المشرع والأطباء تقديم المساعدة لهم وحمايتهم أكثر من أي شخص آخر >>(١) .

ولكن حسب الدكتور KREIS يجب التفكير بهذه القضية بشكل مختلف تماما فيجب استنادا له ، ألا يسأل المرء إذا كان يأذن باقتطاع هذا العضو أو ذاك من جسمه بعد وفاته ولكن << المشكلة الحقيقية هي معرفة فيما إذا كان هذا الشخص يقبل أو يرغب بالاستفادة من هذا العضو الذي سيزرعه له هذا الطبيب أو ذاك في اليوم الذي يدمر له المرض عضوه الأصلي أو إذا كان على العكس يفضل هذا الشخص الموت أو العيش مكبلاً بآلة >>(٢) .

ويعتقد البروفسور CABOL أيضا أن قانون Caillavet قانون ممتاز بالضبط، لأنه أسس على الموافقة المفترضة ، ولكن الثغرة الجوهرية التي يحتويها هذا القانون هو احتمال اللجوء لشهادة العائلة التي تعارض غالبا أي اقتطاع من الشخص المتوفى ، ويزيد رفض العائلة سنة بعد سنة (٣).

فهكذا يسمح قانون Caillavet للعائلة عمليا كما تم ذكره سابقا بالتعبير عن رغبتها الخاصة فهل يمكن تعديل هذا السلوك الذي لم يكن أبدا رغبة المشرع ؟

١- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٥٦ .
٢- د. أحمد عبد الدائم ، المرجع السابق ، صفحة ٢٥٧ .
٣- تبرع و زرع الأعضاء و التجارب ، طاولة مستديرة بتاريخ ١٩٩١/٠٦/٠٤ ضمن تقرير معلومات حول الأخلاق الحيوية ، بواسطة المقرر B. BIOULAC سنة ١٩٩٢ ، سجل في الجمعية الوطنية الفرنسية تحت رقم ٢٥٦٥ بتاريخ ١٩٩٢/٠٢/١٨ ، صفحة ٣٤٥ ، ٣٧٠ .

لقد طرحت عدة حلول لتفادي تعبير العائلة عن رأيهـا الخـاص لجعـل اقتطـاع الأعضاء أكثر فعالية وأكثر عددا (١) :

أولا: جعل اقتطاع الأعضاء إجباريا مما يبسط الإجراءات ويحرر العـائلات مـن مهمة اتخاذ هذا القرار القاسي ، ولكن قد يصدم هذا الحل الاستبدادي الرأي العام ويـؤذي بعض المعتقدات الدينية .

ثانيا: الرجوع إلى الموافقة الصريحة ، و لكن هذا الحـل غيـر مقنـع لأن عـدد الأشخاص الذين يقدمون على الحصول على بطاقة متبرع قليل نسبيا ، وبالتالي سـيكون عدد الأعضاء المقتطعة أكثر ضعفا .

أخيراً: الحل الثالث هو الذي سيستخدم غالبا ، ويتـضمن الحـصول علـى رأي المواطنيين بواسطة بعض الوثائق كبطاقات التأمين الطبية أو بطاقة خاصة ، وقـد تبنـى النواب في فرنسا عام ١٩٩٤ بالفعل هذا الرأي وقرروا ، بالإضافة إلى ذلك ، إنشاء سجل معلوماتي بهدف الحصول على رغبات المواطنين .

بعد أن درسنا مبدأ الموافقة الضمنية نعتقد أنه من الضروري التعرف على أهداف هذه الموافقة .

٢. أهداف الرضاء الضمني :

يرى البروفسور CABROL بأن قرينة الموافقة لم تؤدي إلى زيادة عـدد اقتطـاع الأعضاء فقط بل ستؤدي كذلك إلى تجنيب الأشخاص التفكير بالأمور المؤلمة التي تمثلها الموت ، أي بتجنيبهم التعبير عن القبول أو الرفض الصريح له(٢) .

ولكن الهدف الأساسي لهذه القرينة هو بالتأكيد زيادة عدد اقتطاع الأعضاء بـشكل ملحوظ لتغطية العدد المتزايد لزرع الأعضاء البشرية بشكل أفضل ، لهذا ونظرا للوضـع المقلق لقلة الأعضاء اضطر العمل بمبدأ قرينة الموافقة ، وفي الواقع ، ورغم العدد الكبير للأشخاص المصابين بحالة الموت الدماغي فإن اقتطاع الأعضاء قليل نسبيا، وبدون وجود هذه القرينة سيكون العدد أقل أيضا .

1-2- C.CABROL, Problèmes éthiques et sociaux posés par la greffe d’organes, Bulletin de l’académie nationale de médecine, volume 176, n° 7, 1992 page 82 et 1101.

وتبعا لإحصائيات سنة ١٩٩٦ الناتجة عن المؤسسة الفرنسية لزرع الأعضاء تم التحصيل على الجدول التالي (١):

أهم الأعضاء المزروعة	عدد المرضى الذين سيحضون بالزرع	عدد المرضى الذين تحصلوا على العضو	عدد المرضى الذين توفوا في انتظار زرع العضو	عدد المرضى الذين خرجوا من قائمة الانتظار	عدد المرضى المنتظرين لزرع العضو بتاريخ ١٩٩٦/١٢/٣١
القلب	٨٣٢	٣٩٧	١١١	٦٥	٢٥٩
القلب – الرئتين	١٥١	٢٧	٢٦	١٤	٨٤
الرئتين	٢٢٨	٦٩	٣٦	٣١	٩٢
الكبد	١,٠٥٦	٦٢٦	٩٣	١٠٠	٢٣٧
الكلية	٦,٣٤٣	١,٦٣٨	٨١	٥٢٨	٤٩٦
المجموع	٨,٦١٠	٢,٧٥٧ (٣٢٪)	٣٤٧ (٤٪)	٧٣٨ (٩٪)	٤,٧٦٨ (٥٥٪)

ومن أسباب عدم اقتطاع الأعضاء التي تعد الأصل في نقص الأعضاء نجد ثلاثة أسباب :

١/ وهو يعد عقبة لا يمكن تجاوزها لأي اقتطاع للأعضاء هو السن المتقدم للمتوفى وكل نقل للأعضاء من شخص يزيد عمره عن ستين سنة قد لا يحمل الشفاء المطلوب للمستفيد ، مع ذلك فقد تطور هذا المعيار بالتأكيد خلال السنتين الأخيرة، فقد تبين من قراءة الكتب الحديثة بحصول اقتطاع من أشخاص قد تجاوز عمرهم ٦٥ سنة حتى أنه قد وصل إلى حد ٧٥ سنة فيما يخص اقتطاع الكلى(٢) ، ومنه أصبح يمكن القول بأن العقبة الجوهرية للاقتطاع ليست من المتبرع بل نوعية العضو المراد اقتطاعه .

٢/ يرتبط بصعوبات الإنعاش ، وهو المؤسف أكثر إذ غالبا ما تكون الأجهزة المستخدمة في إبقاء الأعضاء حية بعد حدوث الموت الدماغي غير كافية بل غير موجودة ، ويرتبط نقص الأجهزة بغياب المعدات الضرورية كجهاز تصوير الدماغ الكهربائي وأجهزة الإنعاش ، وكذا نقص أطباء الإنعاش والممرضين ، لكن يمكن حل هذه المشكلة عن طريق زيادة عدد مراكز استقبال الموت الدماغي.

1- DIEBOLT Carrine Durrieu : Responsabilité des hôpitaux et des médecins - Internet - HTTP:// WWW.caducée.net/droit.santé/droit.santé/infections nosoconiaies 2. asp -mise à jour le 3 janvier 2000 .
2- J. HANSMANN, Mort cérébrale et réanimation, thèse médecine, Strasbourg 1990, page 158.

٣/ وهو أهم سبب من أسباب عدم اقتطاع الأعضاء ، ويتمثل في رفـض العائلـة السماح باقتطاع الأعضاء من جثة الميت ، وحسب البروفسورCABROL هـو لا يتعلـق برفض التبرع نفسه ولكنه يتعلق برفض الموت ، فاختفاء شخص عزيز أمر غير منتظـر وقد فوجئ به وهو بكامل صحته فيشعر الشخص ضمن هذه الظروف أن الاقتطـاع هـو اعتداء جديد أو أنه تشويه لجسم الإنسان الذي لا يزال يحتفظ بـبعض علامـات الحيـاة، ونظرا إلى أن السبب الأخير هو الذي أحدث قلة في الأعضاء الشاغرة ، يجـب معالجـة ذلك بإقامة حملات توعية للرأي العام .

الخاتمة :

لقد درسنا في بحثنا هذا مسألة تعد من أهم المسائل المطروحة حاليا علـى طاولـة النقاش بين رجال الطب ورجال القانون في الجزائر، ويظهر ذلك من خلال المـؤتمرات والندوات وكذا المقالات الصحفية التي تطرقت لهذا الموضوع محاولـة سـد النقـائص الموجودة في هذا المجال .

وقد تبلورت دراستنا لهذا الموضوع من جهتين ، حيث خصصنا الفصل الأول منه لدراسة عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء ، فبينا في بادئ الأمر مشروعية هذه العمليـات من حيث شرعية محلها وأخلاقية سببها ، ثم درسنـا الـشروط التي يجب أن تتوفر حتى لا تقوم مسؤولية الطبيب الذي يجري عملية الاستئصال والزرع والمتمثلة في كـل مـن موافقة المتبرع بالعضو مع إمكانية عدوله عن هذه الموافقة في أي وقت شـاء بالإضـافة إلى عدم الأخذ برضاء المحبوس أو المحكوم عليه بالإعدام لعدم توافر الأهليـة القانونيـة لديه ، وموافقة المريض المستفيد بالعضو بعد تبصيره بكل ظروف ونتائج العملية ، كمـا أن بينا أن المشرع الجزائري يمنع المساس بحسم القاصر في كل الأحوال عكس بعـض التشريعات الحديثة.

وقد تم دراسة كل ما سبق ذكره وفق التشريع الجزائري مع إعطـاء نظـرة ولـو ملخصة حول موقف التشريعات المقارنة وذلك لاعتبارات سبق وأن أوضحناها .

أما في الفصل الثاني من بحثنا تناولنا دراسة نقل الأعضاء من جثث الموتى مبينين في بادئ الأمر كل من التعريف القانوني للموت والتعريف الطبي له ، ثم درسـنا لحظـة الوفاة والمعايير المعتمدة لذلك ، وقلنا أن المعيار الحديث هو الأجدر باعتبار أن عمليـات الاستئصال من الأموات لا تتحقق إلا بالموت الفعلي للإنسان والذي لا يكـون إلا بمـوت خلايا المخ موتا نهائيا ً، وبالتالي يمكن إعلان الوفاة من الناحية الطبية حتى وإن لم تعلـن من الناحية القانونية ، لذا قلنا بوجوب وجود معايير لتحديد الوفاة ، هذه المعايير يحـددها المشرع في حين أشرنا لوجود رأي يدعو لترك المسألة للاختصاص الطبي المحض .

كما تطرقنا إلى مسألة الإنعاش الصناعي ومدى مسؤولية الطبيب في إيقاف وسائله في حالة موت خلايا المخ ، و قلنا بانعدام هذه المسؤولية على أساس أن موت خلايا المخ تعتبر الموت الحقيقية التي تحول جسم الشخص إلى جثة لا تفيدها الإطالة فـي اسـتعمال وسائل الإنعاش الصناعي إلا في الحفاظ على الحياة البيولوجية للأعضاء المراد استئصالها بغرض الزرع ، وبينا كلا من رأي الطب ، القانون بما فيه التشريع الجزائري والمقـارن وكذا الشريعة الإسلامية التي رأينا أنها تتفق مع رأي القانون والطب في هذه المسألة .

كما خصصنا مبحثا مستقلا وهو المبحث الأخير لدراسة كيفية التصرف في جثث الموتى فقمنا بدراسة في مطلب أول أساس أباحه الاستئصال من الجثة وشروط هذا الاستئصال سواء في القانون أو في الشريعة الإسلامية التي أشرنا إلى رأيها في مسألة حديثة ناتجة عن التطور العلمي والمتمثلة في إمكانية الاستفادة من الأجنة المجهضة نظرا لأن القانون لا ينظم هذه المسألة .

كما بينا في المطلب الأخير أنه لا يثور أي إشكال في حالة وصية الميت بالاستئصال من جثته قبل وفاته ، وانتقال هذا الحق بالتصرف في الجثة للأسرة في حالة عدم الوصية ، هذا في بعض التشريعات ، وبينا كيف أن التشريعات الأخرى تأخذ بالموافقة الضمنية التي تعبر عنها بقرينة الموافقة .

و أوضحنا أن المشرع الجزائري يأخذ بموافقة الشخص وأسرته ، و قد أضاف في التعديل السابق الإشارة إليه إلى موافقة اللجنة الطبية وهو الجانب المنتقد في مشروع التعديل لسنة ١٩٩٨ ، باعتبار وجود صعوبة في اجتماع اللجنة بكل أعضائها في وقت لا يتلاءم مع السرعة المطلوبة في هذه العمليات .

ومن هذه الدراسة استخلصنا نتائج هامة هي :

-١- الأهمية الكبيرة التي يحضى بها موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية من الناحية الطبية القانونية أو الدينية ، وضرورة توافق الجهود من أجل تنظيم المسألة تنظيما فعالا يخدم مصلحة المتنازل والمتلقي .

-٢- بالنسبة للمشرع الجزائري ، نظم المسألة بتبريره لهذه العمليات في قانون حماية الصحة وترقيتها ، وذلك خدمة للمواطنين وعلاجا لأمراض كانت مستعصية في زمن مضى وأدت إلى وفاة الكثير من المرضى أو بقاؤهم عاجزين طول حياتهم .

كما لاحظنا عدم تخصيص القانون الجزائري في نصوصه العضو الذي يكون محلا للاستئصال ، وهذه نقطة إيجابية تسجل للقانون الجزائري وذلك حتى يواكب التطورات العلمية في مجال الطب ولا يضطر كل مرة إلى استحداث نص يبيح استئصال أو نقل عضو بنص قانوني خاص به ،

لكن هذا لا يحيدنا عن القول بوجود نقائص و فراغات قانونية تضمنها تشريعنا الوطني منها :

- عدم تحديده لسن الأهلية القانونية التي تستوجب في المتنازل حتى يكون أهلا للتبرع بعضو من أعضاء جسمه .

- كما لم نلمس وجود نص قانوني يقر العقوبة على كل شخص أو طبيب يقوم بالاتجار بالأعضاء .

- و نلاحظ أيضا سكوت المشرع عن تحديد لحظة الوفاة بدقة وذلك تجنبا لوقوع الأطباء في المسؤولية .

- كما نشير إلى وجود خلل في هذا القانون ، حيث فيه انتهاك لحق من حقوق الطبيب العامة حيث يلزمه بإخبار المتبرع بمخاطر عملية نقل العضو فكيف يمكن للطبيب التوفيق بين إنشاء سر المهنة و إجباره على إخبار المريض والمتبرع بتفاصيل العملية ؟ هذا ما يدعونا للقول بوجود خلل أو فراغ قانوني .

- بالإضافة إلى نقطة أخرى نشير إليها وهي نصه على أن الطبيب الذي أجرى عملية الاستئصال لا يمكنه أن يقوم بعملية النقل ، لكن ماذا يكون الحل في حالة عدم وجود المستشفى الذي ستتم فيه عملية النقل سوى هذا الطبيب الذي يمكنه القيام بمثل هذه العمليات ؟ لذا نقول أن هذه النقطة تتطلب إعادة النظر فيها أو إدخال استثناء عليها .

وتفاديا لمثل هذه النقائص نقترح مجموعة من التوصيات نجملها فيما يلي :

- إصدار قانون خاص بنقل الأعضاء البشرية وزرعها و يكون مستقل عن قانون حماية الصحة وترقيتها .

-استعمال بطاقات يدون عليها إمضاء خاص يوضح قبول أو رفض الشخص لتبرعه بأعضائه بعد وفاته وتسهيلا للإجراءات ولعدم العودة إلى قرار الأقارب .

- وضع نص قانوني يتعلق بتجريم وعقاب كل شخص يعرض عضوا من الأعضاء البشرية للبيع وذلك تحت أي مبرر كان ، ويكون التشديد في العقوبة للمشتري أكثر منه بالنسبة للبائع وذلك لاعتبارات قد تدخل في المسألة ، ويكون التشديد أكثر بالنسبة للمشتري المختص في ميدان نقل الأعضاء ونقصد به الطبيب الذي يحفز عمليات البيع سواء لحمية علمية أو علاقة شخصية بالمريض المتلقي للعضو .

- عمليات نقل الأعضاء لابد أن يسهر عليها ، رئيس المحكمة ، وكيل الجمهورية أو قاضي كطرف مدني ، حتى لا تكون إرادة المستشفى هي الخصم والحكم في آن واحد.

- اقتراح سن محددة يعتبر الشخص فيه كامل الأهلية القانونية للتبرع بعضو من أعضائه .

- تحديد المشرع لمعـايير تحديـد الوفـاة بدقـة و الأخـذ بالمعيـار الحـديث لتحديد لحظة الوفاة .

- ضرورة توسيع دائرة المستشفيات التي تجرى فيها عمليـات نقـل الأعـضاء وزراعتها مع فتح المجال للعيادات الخاصة وذلك كله من أجل تحقيق مصلحة مرضانا.

- إدخال استثناء فيما يتعلق بكتمان السر المهني للطبيب ويكون الاستثناء خاصـا بعمليات نقل الأعضاء .

- الأخذ بعين الاعتبار اقتراح التعديل الذي قدم للمناقشة سنة ١٩٩٨ والذي يبدعوا إلى استئصال من جثة الميت الذي لم يعبر أثناء حياته عن رفضه لأي استئصال من الجثة أي الأخذ بقرينة الموافقة .

الفـــهـــرس

الفصل الثاني :
نقل و زراعة الأعضاء من جثة المتوفى............ص٦٤

قـائـمـة الـمراجـع

أولا : باللغة العربية :

I الكتـب :

* الكتب العامة :

١. **أمين عبد المعبود زغلول** ، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية ، جامعة الأزهر .
٢. **بكر بن عبد ا أبو زيد** ، قضايا فقهية معاصرة ،المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ، دار القلم الجزائر .
٣. **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – الجزء الأول – المجلد الأول – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – الطبعة الثالثة الجديدة – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان ١٩٩٨ .
٤. **علي علي سليمان** ، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – بن عكنون – الجزائر ١٩٩٦ .
٥. **سعاد ابراهيم صـالح** ، أحكام تصرفات السفيه في الشريعة الإسلامية ، جدة المملكـة العربية السعودية ، سنة ١٩٨٤ .
٦. **محمد حسنين** ، الوجيز في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام و أحكامها في القـانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع – الجزائر ١٩٨٣ .

* الكتب الخاصة :

١. **أحمد شرف الدين** ، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ، الطبعة ٢ ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٧ .
٢. **أحمد شوقي أبو خطوة** ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دراسة تحليلية مقارنـة ، دار النهضة العربية ١٩٨٦ .
٣. **فضيلة الإمام جاد الحق علي جاد الحق** ، دراسة نقل الأعضاء من إنسان إلى آخر ، منشورات الشؤون الدينية ، مديرية الثقافة الإسلامية ، نيابة البحوث الإسلامية .
٤. **حسام الدين الأهواني** ، المشاكل القانونية التي تثيرها عملية زرع الأعضاء البشرية ، دراسة مقارنة ، مطبعة جامعة عين الشمس ١٩٧٥ .
٥. **علي حسين نجيدة** ، التزامات الطبيب في العمل الطبي – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر ١٩٩٢ .
٦. **محمد حسنين منصور**، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنـشر الاسـكندرية ١٩٩٩ .

٧. مديحة فؤاد الخضري ، أحمد أبو الـروس ، الطـب الـشرعي و البحـث الجنـائي دار مطبوعات الجامعية لكلية الحقوق الاسكندرية ١٩٩١ .
٨. مصطفى الرفاعي ، الإسلام و مشكلات العصر ، مشكلات طبية و حل إسلامي، الطبعة ٢ ، دار الكتاب الإفريقي ١٩٨٧ .
٩. هدى حامد قشقوش ، القتل بدافع الشفقة – الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- القاهرة – مصر ١٩٩٦.

II الرسائل :

١. أحمد عبد الدائم ، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني " رسالة دكتوراه " منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ١٩٩٩.
٢. أحمد شرف الدين ، قانون نقل الأعضاء ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، الطبعة ٢ باريس ١٩٧٥ .
٣. ماروك نصر الدين ، زرع الأعضاء البشرية في الـشريعة الاسـلامية و القـانون الجزائري، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير لسنة ١٩٩٣ .

III المجلات و المقالات :

١. أحمد شرف الدين ، دراسة الأعضاء و القـانون - مجلـة الحقـوق و الـشريعة – العدد الثاني – السنة الأولى – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة - يوليو ١٩٧٧ .
٢. أحمد شرف الدين ، زراعة الأعـضاء البـشرية - مجلـة الحقـوق و الـشريعة - العدد الثاني - السنة الأولى – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة - يونيو ١٩٧٧.
٣. أحمد شرف الدين ، الحدود الانسانية و الشرعية و القانونيـة للانعـاش الـصناعي- مجلة الحقوق و الشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعـة الكويـت للحقـوق و الشريعة – جوان ١٩٨١.
٤. أحمد جلال الجوهري ، الانعاش الـصناعي مـن الناحيـة الطبيـة و الانـسانية – مجلة الحقوق و الشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعـة الكويـت للحقـوق و الشريعة – جوان ١٩٨١ .
٥. جاسم علي سالم الشامسي ، نقل الأعضاء البشرية في قـانون الإمـارات العربيـة المتحدة - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد الثـاني - الـسنة الثانيـة –الجزائـر جانفي ١٩٩٩ .
٦. رياض الخاني ، المظاهر القانونية لعمليات نقل و زرع القلب و التصرفات بأعـضاء الجسم البشري ، المجلة الجنائية القومية ، العدد ١ ، مجلد ٢١ ، مارس ١٩٨٧ .

٧. عارف علي عارف ، مدى الاعتداء برضاء المحكوم عليه بالإعدام في نقل الأعضاء منه - رؤية إسلامية - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد الثاني –السنة الثانية – الجزائر جانفي ١٩٩٩ .
٨. عبد الوهاب حومد ، المسؤولية الطبية الجزائية – مجلة الحقوق و الشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة – جوان ١٩٨١.
٩. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب – مجلة الحقوق و الـشريعة – العدد الثاني – السنة الخامسة – جامعة الكويت للحقوق و الشريعة – جوان ١٩٨١ .
١٠. محمد فارح ، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغراسة الأعـضاء أو ترقيعهـا – مجلة المجلس الإسلامي الأعلى – العدد الثاني – السنة الثانية – الجزائر جانفي ١٩٩٩ .
١١. جريدة المساء لعدد ١٩٩٠/١٢/٠٢ ، ١٩٩٠/١٢/١٩ ، ١٣ و ١٩٩٨/٠٣/١٤ .
١٢. جريدة الوطن لعدد ١٩٩٦/٠٢/٢٩ .
١٣. جريدة الخبر لعدد ١٩٩٧/١٢/٢٩ .

VI القرارات القضائية :

١. قرار صادر عن المحكمة العليا (غرفـة الجـنح و المخالفـات) بتـاريخ ٢٣ جـوان ١٩٩٧ – ملف رقم ١٥٨٥٤٨ (غير منشور) .
٢. قرار صادر عن المحكمة العليا (غرفة الجـنح و المخالفـات) بتـاريخ ٠٨ جويليـة ١٩٩٧ – ملف رقم ١٤٠٨١٤ (غير منشور) .
٣. قرار صادر عن المحكمة العليا (غرفة الجنح و المخالفات) بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٩٦ – ملف رقم ١٤٤١٧٩ (غير منشور) .

V النصوص التشريعية :

١.الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المـدني المعـدل و المتمم .
٢. الأمر رقم ٢٠/٧٠ المؤرخ في ١٩ فبراير ١٩٧٠ المتضمن قانون الحالة المدنية.
٣. القانون رقم ٠٥/٨٥ المؤرخ فـي ١٦ فبرايـر ١٩٨٥ المتعلـق بحمايـة الـصحة و ترقيتها .
٤. القانون رقم ١٧/٩٠ المؤرخ في ٣١ جويلية ١٩٩٠ المعدل و المـتمم للقـانون رقـم ٠٥/٨٥ المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
٥. المرسوم التنفيذي رقم ٢٧٦/٩٢ المؤرخ فـي ٦ جويليـة ١٩٩٢ المتـضمن مدونـة أخلاقيات الطب .
٦. الأمر رقم ٢/٧٢ لسنة ١٩٧٢ المتضمن قـانون تنظـيم الـسجون و إعـادة تربيـة المساجين.
٧. الأمر رقم ١٥٦/٦٦ المؤرخ في ١٩٦٦/٠٦/٠٨ المتضمن قانون العقوبات .

٨. قانون الاتحاد الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ المتضمن قانون نقل و زرع الأعضاء .
٩. القانون الكويتي رقم ٧ لسنة ١٩٨٣.
١٠. القانون المصري رقم ٦٠/١٧٨ المتعلق ببنوك الدم .
١١. القانون المصري رقم ٦٢/١٠٣ المتعلق ببنك العيون .
١٢. القانون العراقي رقم ٨١/٦٠ المتعلق بنقل الكلى .

IVالقواميس :

١. **ابن منظور** ، لسان العرب المحيط – قاموس عربي عربـي – المجلـد الثـاني – دار لسان العرب – بيروت – لبنان ١٩٨٨ .
٢. **بطرس البستاني** ، محيط المحيط – قاموس مطول للغة العربية ، طبعـة جديـدة – مكتبة لبنان ناشرون – بيروت –لبنان ١٩٩٨ .
٣. **كرم البستاني** ، اليسوعي بورس موترد ، عادل أنبوب ، أنطوان نعمة ، المنجد فـي اللغة و الاعلام – قاموس عربي عربي – طبعة جديدة و منقحة – منـشورات دار المشرق – بيروت لبنان ١٩٩٧ .
٤. **عبد النور جبور** ، معجم عبـد النـور الحـديث – قـاموس عربـي فرنـسي – الطبعة العاشرة دار العلم للملايين – بيروت – لبنان – جانفي ٢٠٠٠ .
٥. محمد العدناني ، معجم الأغلاط اللغوية المعاصـرة – قـاموس عربـي عربـي – الطبعة الأولى – مكتبة لبنان – لبنان ١٩٩٦ .
٦. **نشوان بن سعيد الحميـري** ، شمس العلوم و دواء كـلام العـرب مـن الكلـوم – الجزء الرابع – دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان ١٩٩٩.

ثانيا : باللغة الفرنسية :

I. Ouvrages généraux :

1.BOUCHAUD (R.P), Réflexion morale, Cahier. Laénnec, mars 1966.
2.CARBONNIER (Jean), Droit civil, introduction, les personnes, 16éme édition, P.U.F 1987.
3.CORNU (G), Droit civil, introduction, les personnes, les biens, tome 1 , 7éme édition, Montchrestien, Paris 1993.

4.GROSNIER (J), Bulletin de l'Académie de la médecine 18/05/1976.
5. HAMBUGER (J), La puissance et la fragilité, Flammarion 1972.
6. LINDON (R), Les droit de la personnalité, DALLOZ 1974, chron 111.
7. LARROUMET (C), Droit civil, les obligations, le contrat, 2éme édition 1990.
8. MALAURIE (P), L'ordre public et le contrat, édition Briane-Reims 1953.
9. WEILL (Alex) et TERRE (F), Introduction générale au droit, les obligations, 4éme édition, DALLOZ 1979.

II. Ouvrages spéciaux :

1. ALMERAS (J.P), Greffes de tissues et d'organes, Solidarité et respect des personnes, Le concours medical, n°115/36, 1993.
2. BATIGNE (M), Les greffes d'organes en droit pénal, thèse Montpellier 1980.
3. BERNARD (J), Grandeur et tentation de la médecine, édition Buchet-Chastel 1973.
4. BONIFACE (C.T), Datation de la mort, méthodes actuelles, thèse médecine, Strasbourg 1985.
5. CABROL (C), Passé, présent et futur des transplantations d'organes, la presse médicale, octobre 1993, 22 n° 32 .
6. CABROL (C), Problèmes éthiques et sociaux posés par la greffe d'organes, Bulletin de l'académie nationale de médecine, volume 176, n° 7, 1992 .
7. CACHERA (J.P), Le diagnostic de la mort et les prélèvements d'organes Cahiers Laennec, septembre 1970.
8. DIERKENS (R), Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Masson et Scie 1966.
9.DOLL (P.J), L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes, Gazette du Palais 1974.
10.DOLL (P.J), La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de dispositions concernant le corps humain, 1970.
11. DUBO (B), La transplantation d'organes, étude de droit privé, thèse Lille1978 .

12. GRENOUILLEAU (J.P), Commentaire de la loi n° 1181/76 du 22/12/1976 relative aux prélèvements d'organes, DALLOZ 1977, chronique 29.
13.HANSMANN (J), Mort cérébrale et réanimation, thèse médecine, Strasbourg 1990.
14.HAMBURGER (J), Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, 2éme congrès international de moral médical, tome 2, travaux publiés par l'ordre national des médecins de France, Paris, mai 1966.
15. JEAN DE SAVIGNY, Guide juridique des prélèvements d'organes , Assistance publique, Hôpitaux de PARIS, août 1985.
16. KREIS (H) et HAMBURGER (J), Les aspects juridiques et médicaux des transplantations d'organes, Groupe coopératif de l'île de France (G.C.I.F), Paris 1992 .
17. LABBEE (X), Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Presses universitaires de Lille 1990.
18.LESERGRETAIN et CHASSANY (S), La protection juridique de l'hôpital – édition Berger levrault – Paris 1999 .
19. MEMETEAU (G), Essai sur la liberté thérapeutique du médecin, étude de droit français positif, thèse, Poitiers 1973.
20.NIVET (H), Les prélèvements d'organes pour la transplantation, Paris 1992.
21. PAILLAS, Les critères de la mort du donneur dans les transplantations d'organes, Marseille médical n°5,1970.
22. PENNEAUN (J), Le corps humain, DALLOZ, civil 1992.
23. SAVATIER (J), Les greffes d'organes devant le droit, Cahiers Laennec, mars 1966.
24. SAVATIER (J), Les prélèvements d'organes après décès, Colloque sur la mort, Aspects médico-légaux, Poitiers Cujas1980.
25. SAVATIER (J), Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, DALLOZ 1968, chron xv.
26. SAVATIER (J), «Et in hora mortis mostrae », Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre, DLLOZ 1968 , chronique xv .
27. SAVATIER (J), Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, Les petites affiches, n° 149, 14/12/1994.
28.SAVATIER (René), La greffe humaine, problèmes juridiques, Cahiers- Laennec 1956, n° 1.

III. Revues et périodiques :

1.CHADLY (A), Les prélèvements d'organes en vue de greffe – Revue Maghreb médical – volume 20 – N° 345 – édition Maghreb médical – Tunis mars 2000.
2.HARICHAUX (Michel), La prise en charge du coût des transplantations d'organes, Revue trimestrielle Dr.Sanit et Soc, n° 25 juillet – septembre1989.
3.HARICHAUX (Michel), J.C.C – Fascicule 440-2 - articles 1382 à 1386 – année 1993.
4.JACQUES (A), Les conditions relatives à la personne physique, Revue critique de législation et de jurisprudence.
5.NERSON (R), L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, Revue Trimestrielle de droit civil, 1970.
6.Revue internationale de droit Pénal, volume 59, 1988.
7. L'express du 12 et 20/06/1976.

IV. Article, chronique et notes jurisprudence :

1.CARRINE Durrieu Diebolt, note sous C.A.NIME 14 Décembre 1998–Internet–HTTP:// www.Caducée.net/Droit.santé/Droit.santé/résponsabilité.asp mise à jour le 30 septembre 2000.
2.JOURDAN , note sous C.A Versailles 16 juin 2000 – D 2000 – p 251.
3.SAVATIER, note sous 21juin 1961 – JCP 1961 – II – 11229.

V. Dictionnaires :

1. ABDENOUR Jabbour, Dictionnaire détaillé français arabe -1ére édition- DAR EL-ILM LILMALAYIN – Bayrout – Liban 1995.
2. DUBOIS François Charlier, GUILLET Alain, LANGANE René, Dictionnaire de la langue française – édition HACHETTE – france 1993.
٣. IDRISS Soheil, EL-MANHEL- Dictionnaire français arabe – nouvelle édition – Dar El Adeb – Bayrout – Liban 1999.

٤. NEJJAR Brahim, ZAKI Ahmed, BADAOUI Youssef, Dictionnaire juridique – français arabe – Sixième édition – Librairie Liban – Liban 1998.

VI. Textes législatifs :

1.Code civil français.
2.Circulaire n° 95/100 du 05/07/1995 relative au code de déontologie médicale français.
3.Décret n° 92/329 du 30/03/1992 relative au code de la santé publique française.
4.La loi de CAILLAVET n° 76/1181 du 22/12/1976 relative au code de la santé français.
5.La loi n° 654/94 du 29/07/1994 relative au code de la santé publique français, journal officiel Français du 30/07/1994.
6.Décret exécutif n° 801/78 du 31/03/1978 relative au greffe d'organes en France.
7.Décret espagnole n° 462 de l'année 1980.
8.La loi n° 246 du 09/06/1967 relative au transplantation d'organes en Danemark.
9.Le code civil check
10.La loi Italienne du 26/07/1963 relative au transplantation des reins
11.La loi Brésilienne n° 479/5 du 18/08/1968.
12.La loi de L'argentine n° 21541 de 1977.

VII. Ouvrages électroniques (Internet) :

1.LE GUET DEVALAY, La responsabilité médicale – Internet HTTP:/// WWW.med.univ-rennes L.Fr/ galesne/ Médecine légale/ Responsabilité médicale.el.HTM- mise à jour le 15 /09/1998.
2. DIEBOLT Carrine Durrieu : Responsabilité des hôpitaux et des médecins - Internet - HTTP:// WWW.caducée.net/droit.santé/droit.santé/infections nosoconiaies 2. asp - mise à jour le 3 janvier 2000 .

Terminologie : ا صطلحات :

Français	العربية
Organe	عضو
Transplantation (greffe) d'organes et de tissus	نقل و زرع الأعضاء و الأنسجة
Don d'organes	التبرع بالأعضاء
Prélèvement d'organes	استئصال الأعضاء
Donneur	المتبرع (المتنازل)
Receveur – bénéficiaire	المتلقي (المستفيد)
Transfusion sanguine	نقل الدم
Consentement	رضاء ، قبول
Présomption de consentement	قرينة الرضاء
Malade	مريض
Médecin	طبيب
Hôpital	مستشفى
Objet	المحل
Cause	السبب
Ordre public	النظام العام
Bonnes mœurs	الآداب العامة
Responsabilité civile	المسؤولية المدنية
Responsabilité pénale	المسؤولية الجنائية
Responsabilité disciplinaire	المسؤولية التأديبية
Responsabilité médicale	المسؤولية الطبية
SIDA	مرض فقدان المناعة المكتسبة (الإيدز)
Obligation de moyens	الالتزام ببذل عناية
Obligation de résultat	الالتزام بتحقيق نتيجة
Opération chirurgicale	عملية جراحية
Euthanasie	قتل بدافع الشفقة
Mort	موت (وفـاة)
Mort cérébrale	موت دمـاغي
Défunt	متوفي
Cadavre	جثة

Réanimation artificielle	إنعـاش اصـطناعي
Capacité	أهلية
Mineur	قاصر
Tuteur légal	ولي شرعي
Risques médicaux	أخطار طبية
Traitement	العلاج
Obligation d’informé	الالتزام بالتبصير
Faute médicale	خطأ طبي
Préjudice médical	ضرر طبي
Indemnisation	تعويض
Secret médical	سر طبي